مصباح الفقاهة

في المعاملات

تقرير بحث سيدنا الأستاذ الأكبر آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي

تأليف

الميرزا محمد علي التوحيدي التبريزي

٥

بسم الله الرحمن الرحیم

مصابح الفقاهه - المكاسب المحرمه

كاتب:

آیت الله سید ابوالقاسم خوئی

نشرت فی الطباعة:

الفقاهه

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه المجلد ۵

اشاره

شابک ۹۶۴-۷۰۸۱۹-۳-۲

پدیدآورنده(شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ -۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه،۱۴۲۰ ق. = -۱۳۷۸ .

...عنوان... مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ریال(دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصابح الفقاهه المکاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ -۱۳۰۳ ، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰،BP،/خ۹م۱۳۷۸،۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م۷۹-۳۳۰۶

[تتمه کتاب البیع]

[تتمه و من شروط المتعاقدین أن یکونا مالکین أو مأذونین من المالک]

اشاره

بِسْمِ اللّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِيم

قوله: (مسأله: لو باع ما يقبل التّملک و ما لا يقبله کالخمر و الخنزير صفقه بثمن واحد).

أقول: لو باع ما يملک و ما لا يملک قسط الثمن إليهما فيصح فيما يملک و لا يصحّ فيما لا يملک على المشهور لوجود المقتضى، و عدم المانع اما وجود المقتضى فلأنّه و إن کان بيعا واحدا و لکنّه منحلّ الى بيوع متعدّده فيبطل بالنسبه إلى ما لا يملک فيصح فيما يملک للعمومات المقتضيه لذلک من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجارَةً عَنْ تَراضٍ، و أَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ، و يدلّ على الصحه مضافا الى ما ذکرناه من کون الصحه هو مقتضى القاعده خبر الصفّار المتقدم فإنه و ان ورد فى ما يملک و ما لا يملک من القريه و ليس متعرّضا الى بيع ما يقبل التّملک و ما لا يقبل التملک و لکن جواب الإمام (ع) عن السائل بقوله (لا يجوز بيع ما ليس يملک و قد وجب اشتراء من البائع على ما يملک) يشمل ما نحن فيه أيضا، فإن الظاهر منها ان اجتماع ما يصحّ بيعه مع ما لا يصحّ بيعه لا يوجب البطلان و انّما ينحل البيع الى بيوع: عديده فيبطل فى بعضه و يصح فى بعضه الأخر، فلا يسرى بطلان أحدهما إلى الأخر فکأنّ هنا بيعان أحدهما صحيح و الأخر باطل، فهل يتوهم أحد إضرار أحدهما بالاخر نعم انما تخلّف عن الصحيح اشتراط الانضمام فقط فهو لا يوجب الّا الخيار فقط.

و اما المانع فذکر بوجوه فکلّها غير قابله للمانعيه الأوّل: أن البيع الواحد و المعامله الواحده غير قابله للتّبعيض فلا بد اما من القول بالصحه مطلقا فهو غير ممکن أو القول بالبطلان کذلک فهو المطلوب.

و فيه ان بيع ما يقبل التملک مع ما لا

يقبله كبيع ما يملك مع ما لا يملك و ان كان واحدا بحسب الصوره الّا ان منحلّ الى بيعين قد أبرزا بمبرز واحد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶

فهما متحدان فى المبرز و المظهر فقط، و الّا فواقع ذلک هو التعدد فابرازهما مبرز واحد لا يوجب انقلابهما إلى الواحده.

نعم، لا ينكر اشتراط كل منهما بانضمامه الى الأخر فى ضمن العقد، فيكون التخلف موجبا للخيار دون البطلان كما سيأتى فى باب تخلف الشرط و قد عرفت نظيره فى بيع ما يملك و ما لا يملك اعنى اجتماع الفضولى مع غيره.

الثانى: انّ العقد انما وقع بالمجموع من حيث المجموع فالاجزاء ليست بمقصوده فيبطل البيع فى الاجزاء لعدم القصد فيها.

و فيه انه ظهر جوابه مما تقدم إذ بعد انحلاله الى بيوع متعدده و شمول العمومات لكل منها فيكون كل منها مقصودا أيضا غايه الأمر أنه مقصود بشرط الانضمام الى الآخر فيثبت للمشترى خيار تخلّف الشرط الضمنى فقط كما لا يخفى.

الثالث: أنّ من شرائط البيع أن لا يكون الثمن أو المثمن مجهولا و إلّا فيبطل ففى المقام لا يعلم أن ما وقع فى مقابل ما يقبل التملك أى مقدار من الثمن فيفسد لذلک.

و فيه أن الجهاله من حيث هى لا تمنع عن صحه البيع لعدم الدليل عليه، و انما تكون مانعه فيما تستلزم الغرر الذى نهى عنه فى البيع، و فى المقام ليس البيع غرريّا لاقدام المشترى على ذلک، فينتفى عنه الغرر، بل ربما يقال بأن الجهاله و ان كان موجوده حال العقد أيضا مع العلم بعدم إمضاء الشارع ذلک العقد، و لكنها لا تكون مانعه بعد ما كانت بالتقسيط إذ المدار فى الصحه ان لا يكون البيع

غرريا بجهاله الثمن أو المثمن حين التسليم و التسلم و على تسليم كونها مانعه عن صحه البيع بنفسها، فإنما تمنع حين انعقاد البيع و تحققه و ان من شرائط ان لا يكون الثمن أو المثمن فيه مجهولا و امّا الجهاله الناشئه من عدم إمضاء الشارع فلا تكون مانعه عن صحه البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷

إذ لا دليل على مانعيتها إلّا النبوى المعروف، نهى النبى عن بيع الغرر أو الغرر كما فى مرسله العلامه، فقد عرفت ما فيه من عدم الغرر هنا.

و امّا الإجماع فهو دليل لبّى فالمتيقن منه هى الجهاله عند البيع لا الجهاله الناشئه من عدم إمضاء الشارع كما هو واضح، ففى ما نحن فيه ان الخمر و الخنزير من الأموال العرفيه و المعامله عليهما صحيحه فى نظر العرف و لكن حيث الغى الشارع ماليتهما و لم يمض بيعهما فنشأ الجهاله من ذلك فلا تكون مورد للإجماع و من هنا يعلم ان بطلان البيع فى الخمر و الخنزير يوجب جهاله ثمن الشاه و الخل واضح المنع.

و بالجمله فشى ء من الوجوه المذكوره لا تصلح للمانعيّه عن صحه البيع فى الجزء الذى يقبل التملك.

نعم فى المقام شى ء آخر و هو انه بناء على فساد البيع بفساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فيه، فالبيع يكون باطلا فى ما يقبل التملك أيضا بيان ذلك ان جمع الشيئين فى بيع واحد و ان كان بحسب الصوره واحدا و لكن بحسب الانحلال انهما بيعان كما عرفت و لكن كل منهما مشروط بانضمامه بالآخر، فبظهور بعض اجزاء المبيع خمرا أو خنزيرا ينعدم ذلك الشرط و يتخلّف لكونه فاسدا فكأنّ فى الحقيقه ان بيع الخل أو الشاه مشروط بانتقال

الخمر أو الخنزير إلى المشترى نظير اشتراط شرب الخمر و نحوه من المحرمات فيكون البيع باطلا للشرط الفاسد كما هو واضح.

و لكن سيأتى فى باب الشرط ان فساد الشرط أو اشتراط الشرط الفاسد فى البيع لا يوجب بطلانه بوجه، بل يوجب ثبوت الخيار للمشروط له على المشروط عليه.

و قد خالف شيخنا الأستاذ فى ذلك و قال بعدم جواز قياس فساد الجزء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸

بفساد الشرط و قال و لو قلنا بأن فساد الشرط يوجب فساد العقد المشروط به إلّا أنه لا يمكن قياس فساد الجزء عليه لأن الشرط لا يقع بإزاء شى ء من الثمن، بل يوجب زياده قيمه المشروط فإذا قيد به و كان فساده موجبا لعدم إمكان تحققه فالعقد المقيد لم يتحقق و أما الجزء الفاسد فحيث أن الثمن يوزّع عليه و على الجزء الآخر ففساده لا يقتضى إلّا ردّ الثمن الذى وقع بإزائه أى يفسد العقد بالنسبه إليه دون الجزء الآخر الصحيح الغير المقيد بما لا يمكن تحصيله أو تحققه.

و لكنه من عجائب الكلام كيف فبعد ما انحل ذلك الى بيوع متعدده فلا يوجب الاجتماع إلّا فى اشتراط كلّ منهما بالآخر فيكون من صغريات الشرط الفاسد و لكن الذى يهوّن الخطب ان الشرط الفاسد لا يوجب فساد المشروط كما سيأتى فى محلّه.

قوله: (نعم ربما يقيّد الحكم بصوره جهل المشترى).

أقول: الذى يظهر من الشهيد هو أن فى صوره العلم يكون بعض اجزاء المبيع ممّا لا يقبل التملّك ان الثمن يقع فى مقابل المملوك فيكون مجموعه للبائع فليس للمشترى أن يرجع إليه بالنسبه الى ما وقع فى مقابل الخمر أو الخنزير.

و فيه انک عرفت ان مجموع الثمن انّما وقع بإزاء مجموع

المثمن فـابرز بمبرز واحـد و لكن بحسب الانحلال ينحلّ الى بيعين فيكون ذلـك نظير بيع الشاه و الخنزير مسـتقلّه اذن فلا وجه لبطلان البيع فى صوره الجهل و صحته فى صوره العلم لوقوع الثمن كلّه بإزاء المملوك بل يقسّط الثمن إليهما.

نعم بنـاء على مـا تقـدم فى بيع الغـاصب من ان المشترى مع علمه بالغصب يسـلّط البائع الغاصب على ماله مجانا فليس له الرجوع إليه فى صوره التلف، بل قيل بعدم الرجوع حتى فى صوره عدم التلف فله وجه و لكن عرفت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹

بطلانه و عدم صـحه ذلك المبنى أيضا و ان المشترى يرجع الى الغاصب مطلقا مع انك عرفت ان مقدار من الثمن انما وقع بإزاء ما لا يقبل التملك لما قلنا من صحه التقسيط.

نعم، بنـاء على مـا ذكر فى بيع الغاصب فيكون المقام نظيره لو باع الخنزير فقط مع العلم به إذ ليس هـذا الّا تسـليط الغير على ماله مجانا و اما كيفيّه التقسـيط فقـد عرفت طريقه من ان كلا من المملوك و غير المملوك يقوم منضـمّا إلى الأخر فيسترد من الثمن بنسـبه قيمه غير المملوك الى المجموع من أصـل الثمن فيرجع فى تقويم الخمر و الخنزير هنا الى المسـتحلّ فهـذا واضـح، و انما الكلام فى انه لو كـان المبيع هى الشاه مع الخنزير أو الخلّ مع الخمر فالأمر كما ذكر و لكن لو باع الشاه و الخنزير ببيع واحـد أو الخلّ و الخمر كـك باعتقـاد الخليه و الشاتيه فهل يقوّم الخنزير بتلك الهيئه شاه و الخمر خلا أو يقوّمان بصورتهما النوعيه، فقال شيخنا الأنصارى بالأول و هو كك لأنه إنما باع الخل و الشاه فظهورهما على خلاف ما

قصده البائع و باع على ذلك القصد لا يكون مناطا فى التقسيط.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنّ العناوين من قبيل الدواعى فلا يوجب تخلّفها تبدل الموضوع بل يتقدّم الإشاره الواقعه إلى الخارج على العنوان، فلا بد و ان يقدم الخنزير بعنوان الخنزيريه و هكذا الخمر بما انها خمر لا بعنوان الشاتيه و الخليّه.

و هذا من عجائب الكلام، فإنه بعد ما كان المبيع هى الشاه أو الخل و لو كان الواقع على خلافه فلا وجه لتقويمهما على خلاف المقصود، بل يقوم كل من الخنزير و الخمر بعنوان الشاتيه و الخليّه بما انهما شاه و خل كذلك.

بل ربما يوجب ذلك تضرر المشترى كما إذا كان قيمه الخنزير أقل من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰

قيمه الشاه و ربما يوجب تضرر البائع كما إذا كان أكثر، بل ربّما يوجب الجمع بين الثمن و المثمن كما إذا كان قيمه الخنزير عند مستحله ضعفى قيمه الشاه فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و بالجمله لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبل، فالوجه هنا هو الصحه بالنسبه الى ما يقبل التملك و الفساد فى غيره فيقسط الثمن إليهما.

نعم، لو كان ما لا يقبل التملّك خارجا عن حدود الماليه العرفيه و لم يصدق عليه المال فى نظر العرف أيضا كما لا يصدق عليه ذلك فى نظر الشرع كبيع الشاه مع الخنفساء أو مع سائر الحشرات الأرضيّه توجّه القول بالبطلان لغرر المذكور فيكون الثمن الواقع فى مقابل المملوك مجهولا- من الأول لعدم التقسيط حتى يعلم ذلك به، و لا يكون غرريا إذ ليس بيع الخنفساء بيعا من الأول فإنه حتى بناء على النظر العرفى مبادله مال بمال بناء على

اعتبار المالیه فالخنفساء و نحوها لیس من الأموال حتی یتحقق عنوان المبادله اذن فالوجه هو التفصیل فی المسأله، فالقول بالصحه فی مـا یقبل التملک و البطلان فیما لا یقبله بالتقسـیط لو کان ما لا یقبله أیضا من الأموال فی نظر العرف و یکون التبادل علیه من مصـادیق مبـادله مـال بمـال کـالخمر و الخنزیر إذ همـا من الأـموال العرفیه و امـا لو لم یکن ذلک من الأموال العرفیه، فالوجه هو البطلان للجهاله و الغرر إذ لا یعلم من الأول ان ما وقع فی مقابل المملوک ایّ مقـدار من الثمن فتکون المعامله غرریا، و قد نهی النبی صلّی اللّه علیه و آله و سلم عنه.

[القول فی أولیاء التصرف]

قوله (ره): یجوز للأب و الجدان یتصرّفا فی مال الطفل بالبیع و الشراء.

اشاره

أقول: قد عرفت ان من جمله شرائط المتعاقدین ان یکون مالکین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۱

للعوضـین أو من ینوب منـابه و قـد عرفت حکم بیع غیر المالک فضوله و تحقیق الحق فیه، و ان بیع المالک ماله عن نفسه مما لا اشکال فیه، و اما الوکیل فکک لاستناد فعله الیه و کک المأذون.

و بعبـاره اخری ان البیع امـا تقع من المالـک أو من غیره، أمـا الأـول فلاـ شـبهه فی صـحته، و امـا الثانی فتاره یکون ذلک برضاء المالک أو لا، فعلی الأول فذلک الغیر اما یکون وکیلا فیه من المالک، أو مأذونا فیه من قبله أو لا، اما الأولان فلا إشـکال أیضـا فی صـحه البیع لاسـتناده الی المالـک خصوصا إذا صـدر من الوکیل لکونه نائبا عنه و نازلا منزلته فی فعله فإذا صـحّ فی المأذون ففی الوکیـل یصـحّ بالأـولویّه، امـا غیر الوکیل و المأذون فإن لحق به الاذن من المالک بالإجازه و رضـی بفعله فهو الـذی تقـدم الکلام فیه مفصلا

فى البيع الفضولى، و قلنا بالصحه، و الّا فيحكم بالبطلان، و اما لا يكون فيه رضا المالك أو رضى و لكن لم يكن لرضائه تأثير فى نظر الشارع فهو مورد الولايه فهى على أنحاء منها ولايه الأب و الجد و ثبوتها لهما فى الجمله على الصغير من ضرورى الفقه و مورد الإجماع و السيره المشتهره القطعيه كما يطلع عليه من تتبع الأبواب المتفرقه فى الفقه كتاب النكاح لصراحه الأخبار فيه فى ثبوت ولايتهما على تزوج أولادهما الصغير و كتاب المضاربه فإن فيه ما ورد على ولايتهما فى جعل المضاربه فى مال الولد و فى باب الحجر قد ورد ما دلّ على حجر الطفل الصغير عن ماله دون الولىّ الى غير ذلك من أبواب الفقه و يؤيد ذلك ما ورد فى باب الزكاه مما دلّ على ثبوتها فى مال اليتيم إذ التجربه الولى و ربح إذ لو لم يكن له ولايه على ذلك لما جاز له التصرف فى ماله بالتجاره بل هذا مما قامت به السيره العقلائيه إذ ليس ذلك مخصوصا بالشريعه الإسلاميه بل جاريه فى غيره من الشرائع أيضا و استدل المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲

على ذلك بفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح و الظاهر انه لا بأس بهذه الأولويّه و ان ناقشنا فيها فى البيع الفضولى و قلنا ان اهتمام الشارع المقدس بعدم وقوع الزناء و الصفاح يقتضى عكس ذلك الأولويه.

و الوجه فى جهه الفرق بين المقامين هو ان الكلام فى السابق من حيث نفس الفعل الخارجى الموجود فيه و قيل هنا ان أهميه الفروج تقتضى بطلان الفضولى فى النكاح و ان كان صحيحا فى البيع و سائر العقود

لاحتمال ان لا يقع واقعا فيكون زنا، فالاحتياط يقتضى عدمه لئلا يقع الزنا و قلنا ان الاحتياط كان يقتضى عكس المطلب و ان كان فيه خلاف الاحتياط أيضا فى نفسه، و لكن محذوره أقل من الأول فإنه يحتمل مع الحكم بالبطلان ان يقع النكاح واقعا فيكون الزنا بذات البعل بخلاف العكس فإنه مع عدم الوقوع فلا يكون زنا الّا بغير ذات البعل، و بالجمله و جهه الكلام هناك كان مختصا فى بيان عنوان الفعل الواقع و جهته، و هذا بخلاف المقام، فان الكلام هنا ليس فى بيان وجهه الفعل الواقع، بل فى كون الغير الأجنبى سببا فى تحقق الفعل و إيجاده من الأول ففى مثل ذلك إذا صحّ ولايه الأب و الجد على الأولاد الصغار فى النكاح و كونهم سببا فى إيجاد التزويج بينهم مع كونه من أهم الأمور فلا شبهه فى جواز ولايتهم و نفوذ أمرهم فى سائر العقود أيضا بالأولى.

ثم انه يقع الكلام فى جهات:

الاولى: هل يعتبر العداله فى الولى الأب و الجد،

فلو كانا فاسقين لا ينفذ تصرّفهما فى حق الصغار كما ذهب اليه صاحب الوسيله و الإيضاح أو لا تعتبر كما ذهب إليه المشهور، بل يظهر من التذكره الإجماع على ذلك.

و استدل عليه المصنف بالأصل و الإطلاقات، فإن ظاهر عطف الثانى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳

على الأول، هو ذلك لا- ان المراد من الأصل هى الإطلاقات كما لا يخفى و لكن لا نعرف معنى لذلك الأصل إذ ليس المراد منه هى أصاله البراءه قطعا لانه ليس هنا تكليف حتى ينفى بذلك، بل لو كان فالمراد به هو الاستصحاب فان كان المراد به هو الاستصحاب النعتى بأن يقال ان الولايه كانت فى زمان و لم تكن مشروطه بالعداله فكك الحال الاستصحاب فلا شبهه

انه لم يكن لـذلك حاله سابقه إذ ليس زمان تكون الولايه ثابته و لم تكن مشروطه بالعداله حتى نستصحبها فان كان المراد منه هو أصل عدم الأزلى المحمولى لسلم من اشكال عدم وجود الحاله السابقه الّا ان المصنف لا يقول به ليمكن تطبيق كلامه به، بل لا يمكن الالتزام بجريانه هنا أيضا إذ لا شبهه ان الولايه بالنسبه الى عدم التقييد بالعداله أو التقيد بها ضروريّ لاستحاله الإهمال فى الواقعيات فهما متضادان فجريان الاستصحاب فى نفى التقيد المسمّى بالعدم المحمولى ليس اولى من جريانه فى الطرف الأخر بعد فرض تضادّيتهما و بالجمله فأصاله عدم النعتى غير جاريه لعدم الحاله السابقه فعدم المحمولى و إن كان ليس عنه مانع بحسب نفسه على المذهب المختار و لكنه لا يجرى للمعارضه.

اذن فلا يمكن الالتزام بثبوت الولايه المطلقه الغير المقيده بالعداله بواسطه الأصل، بل مقتضى الأصل هو عدم ذلك اى عدم نفوذ تصرفاته فإنه ثبت بالأدله القاطعه حرمه التصرّف فى مال الغير، إلّا بإذنه فالخارج منه يقينا صوره كون الغير وليا عادلا فيبقى الباقى تحت الأصل.

نعم، ما ذكره من الإطلاقات فى محلّه إذ هى غير مقيده بعداله الولى بل الولايه الثابته بها للأب و الجد مطلقه و ليس فى المقام ما يصلح تقيده الا ما ذكره صاحب الوسيله و الإيضاح حيث استدلا على عدم ثبوتها للأب و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴

الجد الفاسقين بالايه و استظهر المصنف ان المراد منها قوله تعالى «وَ لَا تَرْكَنُوا إِلَى الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ» و ضعّفه.

و وجه الضعف هو ان المراد من الركون فيها ليس الركون فى الأمور الدنيويه، بل المراد به فيها هو الركون فى الأمور الدينيه و يدلّ على

ذلك من الآيه ذيلها من قوله تعالى «فَتَمَسَّكُمُ النّارُ» حيث ان ذلك نتيجه الركون الى الظالم فى الأمور الدينيه لا فى الأمور الدنيويه و الّا فلازمه عدم جواز توكيل الفاسق فى الأموال الشخصيّه للبالغين الراشدين و كونه من المحرّمات الشخصيّه فهو بديهىّ البطلان و لا انه يجوز تأمين الفاسق و جعل الوديعه عنده.

و يحتمل بعيدا أن تكون المراد من الآيه قوله تعالى «إِنْ جاءَكُمْ فاسِقٌ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوا» كما يظهر ذلك من قوله و إخباراته عن غيره.

و فيه انه يظهر الجواب عنه من الآيه السابقه و ان المراد من ذلك ليس ما يرجع الى الجهات الشخصيه، بل ما يرجع الى الجهات النوعيه الدينيه كما يدل على ذلك أيضا ذيل الآيه من قوله تعالى «أَنْ تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلى ما فَعَلْتُمْ نادِمِينَ» و ان لازمه عدم قبول إخبارات الشخص فى حق نفسه من الإقرار و نحوه كما تقدم من عدم جواز ان يجعل الفاسق أمينا من أمواله مع انه لم يدل دليل على حرمته.

و من هنا يظهر انه لا وجه لتوهم استحاله أخذ قول الفاسق و جعله أمينا فى أموره، و انما يحرم إرجاع الأمور الدينيه إليه اذن فلا وجه لرفع اليد عن تلك المطلقات الكثيره بمثل هذا الأمور الظنيه و توهم الإيضاح ان ذلك خلاف حكمه الصانع، بل يجوز الإرجاع إلى الفاسق بديهى الفساد كما عرفت فانّ ذلك له وجه فى الأمور الدينيه لا الأمور الدنيويه على انه و لو كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵

الأب و الجد فاسقين الا ان رافتهما على الأولاد أكثر بمراتب من رأفه جميع العدول عليه إذ فى الأب و الجد من الشفقه الذاتيه و الرأفه الطبيعيه بالنسبه

إلى أولادهم ما لا ينكر و لو كان فاسقا.

نعم، لو كان الأب و الجد من الفاسقين الظالمين على الطفل بحيث يقامرون بأموال الصغار و يشترون به الخمر و يشربون و غير ذلك من الإتلافات البيّنه لخرج بذلك عن جواز التصرّف فيها و نصب الحاكم الشرعى وليّا آخر أو ناظرا لهم حفظا لهم لئلا يكون ظلما عليه، و لكن هذا أمر آخر غير ما نحن فيه.

على ان الظاهر من الآيه ان الفاسق لا يقبل قوله من دون التبيّن و التفحّص و هذا لا ينافى قبول قوله من جهه الولايه ما لم يعلم صدور الخيانه منه، فالولى و ان كان فاسقا يقبل قوله فى حق الصغار لولايته.

و أما الجهه الثانيه و هى اعتبار المصلحه فى تصرّفات الولىّ

فهل يعتبر ذلك كما ذهب اليه ابن إدريس و شيخ و بعض آخر أولهما الولايه مع اعتبار عدم المفسده فى التصرّف و إن لم يكن فيه صلاح أصلا كتبديل ماله بمال آخر بلا صلاح، أو لا يعتبر شى ء من ذلك، بل لهما الولايه عليه على وجه الإطلاق كما ذهب اليه المصنف فى أول كلامه أو يفصّل بين الأب و الجد بالالتزام بنفوذ أمر الجد مطلقا دون الأب كما يظهر من آخر كلام المصنّف وجوه.

و استدل المصنف على عدم الاعتبار و ثبوت الولايه على الإطلاق بالأخبار الوارده فى إثبات الولايه على الطفل للأب و الجد فإنها مطلقه و غير مقيده بشى ء مما ذكر.

و فيه أوّلا ان إطلاقاتها غير تمام فان عمدتها ما دلّ على ان الابن ماله للأب و قد ذكر ذلك فى جمله من الروايات و علّل نفوذ أمر الأب على الولد بذلك فى بعضها و لكن لا دلاله فيها بوجه على المدعى فانّ من البديهى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵،

ان المراد بها ليس ما هو الظاهر منها من كون الابن و ما بيده من متملكات أبيه، و بكون الفرض من اللام هو الملك ليكون الابن كعبد الأب و البنت كالجاريه، بحيث يجوز له بيعها و لو حجر يكون حقّ الغرماء متعلقا بمال الولد أيضا، و هذا المعنى مقطوع البطلان كيف مضافا إلى ما ذكرنا انه ورد فى بعض الروايات ان الأب لو احتاجت إلى جاريه الابن يقوم على نفسه بقيمه عادله ثم تصرّف فيها بما يشاء و انه يجوز له الاستقراض من مال الولد فلو كان الابن و ماله من الأموال ملكا للأب و الجد لما كان تقويم الجاريه على نفسه بقيمه عادله و الاستقراض من ماله وجه بوجه فإنه لا معنى لاستقراض المالك من ملكه أو تقويم ماله على نفسه.

و من هنا ظهر انه ليس المراد بتلك المطلقات كون أموال الولد للوالد حقيقه أو تنزيلا بحيث يفعل فيها ما يشاء ثم ليس المراد من تلك المطلقات ثبوت الولايه لهما على الولد كما توهم إذ مورد بعضها هو الولد الكبير، كالروايه المتضمّنه لشكايه الولد إلى النبى (ص) من أبيه و ما تضمن تقديم تزويج الجد على الأب فى البنت معللا بان الجد أب للأب و البنت و غيرهما فلا شبهه فى عدم ثبوت ولايه الأب و الجد على الولد الكبير، بل هو مستقل فى التصرّف فى أمواله كيف يشاء و أيضا لا وجه لتوهم ان المراد منها ثبوت جواز الانتفاع للأب و الجد فإنه مضافا إلى مخالفته بثبوت جواز الاستقراض من مال الولد و تقويم الجاريه للابن على نفسه ان جواز الانتفاع من أموال الأولاد لا يدلّ على ثبوت الولايه عليهم.

و الحق

أنها أجنبيه عن المقام و انما هى راجعه إلى بيان أمر أخلاقى ناشئ من أمر تكوينىّ فإنّ الولد بحسب التكوين موهبه من اللّه تعالى للأب و مقتضى ذلك ان لا يعارض فى تصرفاته و يكون منقادا بامره و نهيه و يؤيّد ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷

ما فى علل عن محمد بن سنان فى تفسير قوله تعالى «يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ إِنٰاثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشٰاءُ الذُّكُورَ» ان الولد موهوب من اللّه و هبه للأب و على هذا ليس من الإنصاف أن يعارض ما هو هبه للإنسان للموهوب له، بل منقضى الأخلاق هو التحرك بتحريك الأب لكونه له أى هبه له و تحفه من اللّه تعالى اليه و اذن فلا دلاله فى إطلاقها على ما ذهب اليه المصنف من عدم اعتبار المصلحه فى تصرّفات الولى و ما ترى من جواز تصرف الجد و الأب فى مال الولد و أخذهما منه من جهه كون انفاقهما عليه مع الاحتياج فلا ربط لذلك إلى جهه الولايه بوجه، نعم لا ينكر الإطلاق لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز عقد الجد و الأب للابن بدون اذنه و للبنت بدون اذنها إذ ليس فيه نقيد بصوره وجود المصلحه فى التصرف و لكن سيأتى جوابه.

و ثانيا على تقدير وجود المطلق كما هو كك لبعض ما ورد فى باب النكاح من جواز تزويج الأب الابن بدون اذنه أو تماميه إطلاق الروايات المتقدمه كما زعمه المصنف (ره) فلا بدّ من تقييدها بصوره وجود المصلحه بصحيحه أبى حمزه الثمالى فإنها دلّت على عدم جواز تصرفات الولى فى مال الطفل بدون المصلحه لقوله (ع) لا نحب أن يأخذ من مال ابنه الّا ما

يحتاج اليه مما لا بدّ منه ثم استدلّ (ع) بقوله تعالى «وَ اللّٰهُ لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ» فلا شبهه ان قوله (ع) لا نحب و ان كان لا يدلّ على الحرمه و لكن بضميمه استشهاده (ع) قوله تعالى «وَ اللّٰهُ لٰا يُحِبُّ الْفَسٰادَ» يدل على الحرمه إذ لا شبهه ان الفساد ليس قسما منه مكروها و قسما منه حراما بل هو متمحّض بالحرمه.

و نظير ذلك روايه الحسين بن ابى العلاء فى الدلاله على عدم جواز أخذ الزائد مما يحتاج اليه فبها تقيد تلك المطلقات، و لا شبهه أن مورد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸

الروايتين الخاصتين و إذن هو الأموال و لكن ثبوت التقييد فيها يدل على ثبوته فى باب النكاح أيضا بالأولويه إذ كما ان ثبوت الولايه فى باب النكاح للأب و الجد دل على ثبوتها فى غير باب النكاح بالأولويّه لكون النكاح أهم و هكذا ثبوت التقييد فى غير باب النكاح يدل على ثبوته فى باب النكاح أيضا إذ مع عدم نفوذ تصرّفات الولى فيما لا يكون فيه صلاح فى الأموال ففى الاعراض بالأولى لكونها أهم و يؤيد ثبوت التقييد ما ورد فى تقويم الجاريه على الولى بقيه عادله و جواز اقتراض الولى من مال الولد إذ لو كان تصرّفات الولى نافذا فى حق الطفل مطلقا لم يكن وجه للتقويم بقيمه عادله، بل كانت القيمه النازله أيضا وافيا و كذلك لم يكن وجه للقرض، بل كان يكفى أخذه بأى نحو شاء هذا مع انه يمكن منع تحقق الإطلاق فى باب النكاح بحسب نفسه أيضا إذ الولايه للأب و الجد على الأولاد لأجل حفظهم عن وقوعهم بالمضرات و توجههما إليهم، و اما لو أوجبت

الولایه توجه الضرر إلیهم فمن الأول یمکن القول بعدم جعل الولایه فیه و خروجه عن مورد الروایات تخصصا بل هذا هو المتعین إذ لا یمکن القول بولایه الأب و الجد علی تزویج أولادهم کیف شائوا و ان کان فیه ضرر عظیم موجب لتضرّره اذن فلیس هنا إطلاق أصلا من الأول فضلا عن احتیاجه الی المقید.

و بالجمله أنها ناظره إلی أصل جعل الولایه لهما مع ما فیهما من الرأفه للأولاد و لیس فیها إطلاق إلی سائر الجهات، و اما اعتبار المصلحه فی تصرفاتهم بان یلتزم بعدم کفایه مجرّد عدم المفسده فی ذلک، بل لا بد من وجود المصلحه فی تصرفاتهم و قبل بیان ذلک لا بدّ و أن یعلم انه یجوز تصرّف الولی لأنفسهم فی مال الطفل و ان لم یکن فیه المصلحه و من هنا یجوز قرض الولی من مال الطفل و تقویم جاریته علی نفسه مع عدم وجود المصلحه فی ذلک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۹

للطفل بوجه و هذا بالنسبه إلی نفس الأولیاء مما لا شبهه فی جوازه و اما اعتبار المصلحه فی غیر ما یرجع الی شؤونهم فاستدل علیه بقوله تعالی «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْیَتِیمِ إِلّٰا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ» حیث ان التقرب الی ماله بلا مصلحه فیه لیس بأحسن فلا یجوز.

و بالجمله کان کلامنا فی ولایه الأب و الجد و قد اختیار المصنف عدم اعتبار شی ء فی ولایتهما للأولاد و قربه شیخنا الأستاذ فی الدوره الأخیره و تمسک المصنف فی ذلک بالإطلاقات الوارده فی خصوص الولایه و جعلها لهما فان الظاهر فیها ان أمر الأولاد و أمر أموالهم راجع إلی الجد و الأب و قد رئت أنها أجنبیه عن المقام

لاـن المـذكور فى أكثرهـا ان الاـبن ماله للأب فلا شـبهه فى عـدم إمكان إراده المالكيه الحقيقيه منها ليكون اللام للملك بحيث يبيع للاـبن أو يؤجرهـا من الغير فيؤخـذ أجرته و ثمنه أو يأخـذ أمواله و يفعل فيها ما يشاء خصوصا مع ملاحظه ما فى بعضـها من كون موردها الابن الكبير الـذى لا ولايه لهما عليه إجماعا و كيف و قد ورد فى بعض الروايات تقويم الجاريه للابن على نفسه و التصرّف فيها و فى بعضها الأخر أخذ القرض من مال الولد فلا شبهه فى عدم جريان ذلك فى أموال شخص المالك بالنسبه إلى نفسه و لا يجوز ان يراد من تلك الأخبار المالكيه التنزيليّه لما عرفت من عـدم مالكيّه الأب و الجـد على الأولاد و أموالهم بوجه، بـل لاـ يجوز ولاـيتهم على بعض مـا فى تلـك الروايـات كالولـد الكبير فلاـ معنى للتنزيل هنا أيضا كما لا يخفى بان ينزل أموال الأولاـد بمنزله مـاله فى جواز التصـرف فيهـا و فى أنفسـهم بالإجـاره و البيع و الشـراء و أكـل أموالهم و اجراء ما يجرى على ماله بحيث يكون مـال الطفـل و نفسه من جمله أمواله حقيقه أو حكما بلا وجه، و لم يفتوه به أحـد فيما نعلم، بل هى ناظره إلى جهه الاخلاقى كما عرفت لما ذكر فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰

بعض الروايـات ان الولـد هبه موهوبه للأب فلا ينبغى ان يعارضه فى التصـرفات و ما ورد من جواز أخـذ الأب و الجـد من أموال الولد مع الاحتياج ليس من جهه الولايه، بل من جهه وجوب إنفاق الأب على الولد مع الاحتياج كعكسه ككـ.

فليس فى تلك الروايات بحسب نفسها إطلاق و على تقدير ثبوت

الإطلاق فيها كما ثبت فى جمله من اخبار النكاح فى تزويج الأب و الجد الابن و البنت لكونها مطلقه من حيث ثبوت المصلحه و عدم ثبوتها فى النكاح فلا بد من تقييدها بروايه الثمالى لأنها صريحه فى عدم الولايه مع الفساد كما هو مقتضى استدلاله (ع) بالايه و ان تصرفات الجد و الأب فى هذه الصوره محرمه و بروايه الحسين بن ابى العلاء فإنها لا تدل على أخذ الأب من مال الطفل الّا بمقدار قوته و عدم جواز التصرفات المسرفه فيه فلو كان لهما ولايه على الطفل حتى مع المفسده فى التصرف لما كان لهذا النهى وجه و عليه فنقيد بهما الروايات المطلقه حتى الوارده فى باب النكاح و لا يضر اختصاص موردهما بالأموال لأنه إذا ثبت التقييد فى ذلك فيثبت فى النكاح بالأولويه لكونه أهم فى نظر الشارع، بل يمكن منع تحقق الإطلاقات فى باب النكاح أيضا من جهه أنها ناظره إلى جعل الولايه للأب و الجد و كون ولايه الثانى مقدمه على الأول بما لهما من الرأفه الطبيعى لأولادهم بان يعاملوا معامله مال نفسهم فى حفظه و عدم التصرفات المتلفه فيه فاصل جعل الولايه لهذا الموضوع مشعر لهذه الحكمه و العله و على هذا فتصرفاتهم الموجبه لتلف أموالهم و تضرّرهم بما لا ينبغى ينافى لذلك الحكمه و الملاك فتنقلب على العكس.

و بالجمله ظاهر جعل الولايه للأب و الجد على الأولاد لرأفتهما على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱

الطفل لكونه هبه له و موهوبا عليهم من قبل اللّه تعالى كما أشير الى ذلك فى جمله من الروايات فلا تعرض فيها لصوره المفسده لكونها على خلاف الرأفه فلا إطلاق فيها أيضا و قال بعض

مشايخنا المحققين بوجود المقيد فى باب النكاح أيضا حيث ورد فى بعض روايات جعل الولايه لهما فى باب النكاح ان تزوج الجد يتقدم إذا لم يكن ضرر فان مفهومه يدل على عدم الولايه له مع الضرر فيكون مقيدا للمطلقات فيها.

و فيه ان المفهوم و ان كان موجودا و لكنه عدم الولايه مع الضرر، بل المراد به نفى أولويه الجد و تقديمه على الأب عند الضرر و هذا غير مربوط بالروايه فلا يكون ذلك مقيدا للإطلاقات فى باب النكاح.

الجهه الثالثه: فى انه إذ اعتبرنا عدم جعل الولايه لهما فى صوره وجود المفسده فى تصرفات الأب و الجد فهل يعتبر زائدا على ذلك اعتبار المصلحه فى تصرفات

بحيث لا يجوز تصرّفهم إذا خلا عنها و لو لم تكن فيه مفسده أم لا يعتبر، و قد تقدم ان التصرفات الراجعه إلى نفس الولى و لو لم تكن فيها مصلحه جائزه بلا اشكال و انما الكلام فى غيرها و قد استدل على الاعتبار بوجوه:- الأول: ان طبع المطلب و جعل الولايه لهما يقتض ذلك فان ذلك لأجل أن يتصرّف فى أموالهم بما من المصلحه من التجاره و التبديل و إلّا فمجرّد التصرّفات اللغوه بلا وجود ثمره فيه فلا يجوز و بالجمله ان حكمه جعل الولايه للأب و الجد بحسب الطبع هى جلب المنافع له و دفع المضار عنه لكون الأب و الجد بحسب الطبع هكذا بنسبه إلى أولادهم و الّا فمجرد كون شى ء ذى صلاح لغير الطفل و ان لم يكن فيه صلاح له لا يجوز التصرفات فى فعله و بالجمله ان جعل الولايه لهما عليه ليس الّا لحفظ الولد و ماله و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲

دفع المضار عنه و جلب المنفعه اليه و الّا فلا يجوز التصرف فى ماله و لو لم يكن فيه مفسده.

و فيه ان هذا و ان كان بحسب

نفسه تماما و لكن لا يتم فى جميع الموارد لإمكان ان يكون الصلاح فى ذلك الجعل راجعا إلى الولى.

و بعباره أخرى تاره يلاحظ فى جعل الولايه لهما صلاح المولى عليه فيجرى فيه ذلك الحكمه.

و اخرى يلاحظ حال الولى فلا شبهه انا نحتمل الثانى أيضا اذن فلا دافع للإطلاقات الداله على جعل الولايه لهما عليه حتى فى صوره عدم المصلحه فى تصرّفهم، بل يكفى مجرّد الشك فى ذلك أيضا و لا يلزم العلم بعدم اعتبار المصلحه فى ثبوت الولايه لهما عليه عند عدم المصلحه فى التصرف.

الثانى: دعوى الإجماع على الاعتبار و فيه ان المحصل منه غير حاصل و المنقول منه ليس بحجه لمخالفه جمله من الأعاظم فى ذلك، بل نحتمل استناده الى الوجوه المذكوره هنا لعدم الجعل فى صوره عدم المصلحه فلا يكون هنا إجماع تعبدى كاشف عن رأى الحجه.

الثالثه: قوله تعالى «وَ لٰا تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ إِلّٰا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ» و هذه هى العمده فى المقام بدعوى ان التصرّف الخالى عن المصلحه فى مال اليتيم ليس تصرفا حسنا فيحرم للنهى عن التقرب إليه، فإن أطلق اليتيم على من مات امه كما ليس ببعيد فتشمل الآيه لكل من الأب و الجد، و الّا فتختص بالجد و يتم فى الأب بعدم القول بالفصل اذن فنرفع اليد عن الإطلاقات الداله على ثبوت الولايه لهما مطلقا حتى مع المصلحه.

و فيه أن الآيه عام لكل احد سواء كان أبا أو جدا أم غيرهما فإنها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳

تنهى عن التقرب بمال اليتيم لكل احد فنخصصها بالروايات الداله على جعل الولايه للأب و الجد و لو مع عدم المصلحه فيه و ليس بينها عموما من وجه حتى يعمل

بقواعده لانحصار الموضوع فى الروايات بالأب و الجد فقط و عمومه فى الآيه و ان كان الأمر كك مع ملاحظه الحكم و لكن الحكم وارد على الموضوع الواحد فقط فى الروايه و على المتعدد فى الآيه فافهم.

و من هنا يظهر الجواب عمّا ذهب اليه المصنف أخيرا من التفصيل بين الأب و الجد و القول بثبوتها للجد دون الأب لعدم إطلاق اليتيم على من مات امه لتشمل الآيه لهما فإنه مضافا الى إطلاق اليتيم على من مات امه انک علمت سابقا ان ولايتهما ثابته فى النكاح على الابن و البنت، و فى الأموال بالأولى فلا نحتاج إلى الاستدلال بالايه على ثبوت الولايه حتى يمنع عن شمولها للأب فتختص بالجد فقط و سيأتى الكلام فى هذه الجهه.

الجهه الرابعه: بعد الفراغ عن اعتبار عدم المفسده فى تصرفات الأب و الجد فى مال الولد، فهل هذا شرط فى عالم الإحراز

اشاره

فلو أحرز فى مورد عدم المفسده فباع مال الولد فبان وجود المفسده فى ذلک فلا يبطل البيع و ينفذ التصرف أو هو شرط فى الواقع فلو كان مورد مفسده واقعيه فلم يحرز أو أحرز عدمها فاقدمه فيكون باطلا أو انهما من الشرائط معا فلو أحرز المفسده و مع ذلک أقدم على التصرّف فبان كونه صلاحا إذ لو لم يباع لكان تلفا أو أحرز الصلاح فأقدم فظهر عدم الصلاحيه فيكون تصرّفه هذا صحيحا.

نعم لو أحرز المفسده فى مورد فأقدم على التصرّف فظهر كما أحرزه فيكون فاسدا.

و الظاهر هو الوجه الأخير و قبل بيان وجهه فلا بدّ و ان يعلم ان هذه الجهه لم يحرز فى كلامهم، بل لم يذكر الّا بنحو الرمز و الإشاره فنقول قد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۴

علمت ان المقيد للإطلاقات كان خبر الثمالى، فإنه اعتبر عدم الفساد فى تصرّفات الأب و الجد فى مال الطفل،

و هو كالمعصيه قائم بأمرين أحدهما الوجود الواقعى و ثانيهما إحرازه اى تنجزه لا يقال انّ فلانا أفسد أو فعل فعلا فاسدا، كما ان الأمر كك فى عنوان المعصيه حيث ذكرنا فى سفر معصيه فى تحققها أمران أحدهما ان يكون ما سافر لأجل الغرض المعلوم معصيه و الثانى علم المسافر بذلك و تنجز التكليف فى حقه بحيث يكون المنجز هو الحكم الواقعى فى حقه، فلو سافرت المرأه بدون رضائه الزوج فبان أنها مطلقه فلا يكون سفرها معصيه أو سافرت بزعم أنها مطلّقه فبان خلافها فليس سفرها سفر معصيه أيضا و انما يكون سفر معصيه مع اجتماع الأمرين.

و بالجمله فما لم يتحقق كلا الأمرين لا يتحقق المعصيه كما انه مع عدم تحقق الفساد الواقعى و إحرازه فى التصرف لا يقال ان تصرّف الولى كان مفسدا.

و على هذا فيكون المقيد لتلك الإطلاقات المثبته للولايه للأب و الجد فى خصوص كون تصرفهم مفسدا لمال اليتيم مع العلم به و ما لم يتنجز، فلا مانع من التمسك بالإطلاقات و الحكم بثبوت الولايه لهما.

و كان الكلام فى الجهه الثانيه فهى اعتبار المصلحه زائدا عن اعتبار عدم المفسده فى ولايه الأب و الجد.

اشاره

و قد استدل على ذلك بوجوه:-

الأول: دعوى الإجماع

على ذلك و فيه انه بعد ذهاب المتأخرين الى عدم اعتبار شى ء فيها الّا عدم المفسده، بل ذهاب بعض آخر الى عدم اعتبار شى ء فيها لا يبقى مجال لدعوى الاجمال ليكون إجماعا اصطلاحيّا تعبديا و كاشفا عن قول المعصوم (ع)،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵

الثانى دعوى ان الحكمه فى جعل الولايه للأب و الجد ليس الّا جلب المنفعه للطفل و دفع الضرر عنه،

و الّا فتكون لغوا.

و فيه ان هذا و ان كان تماما فى غير الأب و الجد و لكنه لا يتم فيهما لا مكان ان تكون الحكمه فى جعل الولايه لهما ملاحظه حالهما من الشفقه الذاتيه و الرأفه الطبيعيه الموجوده فيهما بالنسبه إلى الأولاد، و انهما لا يقدمان على ضرره و ان كان فى بعض الأحيان يفعلون فى أموال الطفل ما يرجع الى نفعهم كما ثبت ذلك فى النص أيضا كالاقتراض من مال الطفل و تقويم جاريته على نفسه فإنه أي نفع فى ذلك للولد، بل قد ورد جواز الأكل من مال الولد مع الاحتياج و ان كان هذا من جهه الاتفاق و لذا

قیدنا هذه الجهه فی أول المطلب بان المراد فی اعتبار المصلحه فی تصرفهما التصرفات الراجعه الی غیر الأب و الجد و الّا فیجوز لهما ان یتصرفا فی أموال الطفل تصرّفا لا صلاح و لا فساد فیه للطفل، بل للولی فقط، کالاقتراض و تقویم جاریته علی نفسه و التصرّف فیها و کیف کان لا یستفاد من حکمه الجعل الّا کون اعتبار المصلحه فی التصرفات الراجعه الی غیر الولی لا فی التصرّفات الراجعه إلیهم، بل ثبت جواز أخذهما من مال الطفل بقدر الاحتیاج.

الثالث: الآیه المبارکه «وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ»

التی هی العمده فی المقام و قلنا فی الأمس تبعا للشیخ ان الروایات الداله علی ثبوت الولایه للأب و الجد مقیده للایه و مخصصه لها لکونها مطلقه من حیث اعتبار المصلحه فیها و عدم اعتبارها و انما الثابت اعتبار عدم المفسده فی ذلک کما تقدم فلا تدلّ الآیه علی المدعی.

و فیه ان لهذا الکلام مناقشه واضحه إذ الروایات المثبته للولایه علیهما

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۶

علی طائفتین:- الأولی: ما

دل على كون الأب مالكا للابن و ماله.

و الثانيه: ما دل على ثبوت الولايه لهما فى النكاح و جواز تزويجهما الولد.

اما الطائفه الأولى فبناء على دلالتها على مالكيه الأب و الجد للولد و ماله اما حقيقه أو تنزيلا بان يعامل معه و ماله معامله مال نفسه، و ان لم يكن مالكا حقيقه و ان كان تماما و لكن نمنع دلالتها على هذا كما عرفت، إذ مورد بعضها الولد الكبير فلا شبهه فى عدم ولايتهما عليهم و على مالهم و أيضا ثبت جواز اقتراض الولى من مال الولد و تقويم جاريته على نفسه مع انه لا معنى لأن يقترض الإنسان من مال نفسه و ان يقوم مال نفسه على نفسه.

و بالجمله ان السيره العقلائيه و الشرعيه و ان اقتضت ثبوت الولايه للأب و الجد على الأولاد و لكن السيره القطعيه أيضا قامت على عدم جواز المعامله مع مال الطفل معامله مال نفسه خصوصا الكبار منهم.

و اما الطائفه الثانيه فالإطلاق فيها تمام فى باب النكاح بالمنطوق خصوصا فى روايه الكافى يجوز أمر الأب و الجد فى النكاح من غير تقييد، بكونه صلاحا له فنتعدى الى غير باب النكاح بالأولويه كما عرفت بل تلك الأولويه منصوصه فإنه عليه السلام بعد ما سئل عن تصرّف الولى فى مال الطفل فقال فهل يجوز نكاح الولى؟ قال السائل نعم، فقال عليه السلام: فكيف لا يجوز تصرّفه فى الأموال، و لكن مع ذلك لا يمكن تخصيص الآيه بها لا من جهه الإشكال فى الإطلاقات و منع تحققها، بل من جهه ان الكلام فى مقدار ثبوت الولايه بها و جواز تصرفاتهم أى الأولياء فى مال المولى عليه فان الظاهر من الآيه أن التصرفات

الغير الحسن ليست بجائزه و إطلاقات الروايات جوازها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷

مع عدم المفسده فيها فيقع التعارض فى مورد ليس فيه صلاح للولد و لا فيه مفسده و ليس راجعا إلى الولى أيضا كالاقتراض و نحوه لما عرفت جوازه بالنسبه إلى الولى.

اذن فلا يمكن المساعده على ما ذهب اليه المصنف من القول بالتخصيص و لكن للمناقشه فى ذلك أيضا مجال واسع لمنع دلاله الآيه على ثبوت الولايه و كونها أجنبيّه عن المقام نعم لو كانت داله فالأمر كما ذكرناه من العموم من وجه.

و توضيح منع الدلاله بعد ما لم نجد روايه فى تفسير الآيه و لا تعرضا لها فى آيات الاحكام ان الظاهر الآيه هو النهى تكليفا فى التسلط على مال اليتيم و تملّكه و اكله بالباطل و ذلك لما ذكرنا فى بحث التفسير ان النهى عن التقرّب يختلف باختلاف الموارد فإذا تعلق بالافعال نظير «لَا تَقْرَبُوا الزِّنى و لَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ» و نحوهما يقيد حرمه الفعل و كونه بنفسه محرّما و إذا تعلق بالأعيان يدلّ على عدم التسلط عليها و حرمه أكلها و مبغوضيّه تملكها اذن فالنهى عن التقرب بمال اليتيم نهى تكليف لا نهى وضعى يقيد عدم نفوذ التصرّف كالبيع و الشراء و المراد بالباء هو باء السببيه نظير الباء الذى قلنا بالسببيّه فيه فى آيه «التجاره عن تراض» و المراد بالتى ليس هو التقرب و الّا لما كان وجه للتأنيث، بل هى إشاره إلى الطريقه الوسطى الإسلاميه أو الى الشريعه الواضحه المحمديه كما عبّر عن ذلك فى آيه أخرى بالمعروف و نهى عن أكل مال اليتيم الّا بالمعروف و عليه فتكون الآيه نظير آيه التجاره نهيا عن أكل المال

بالباطل إلّا بالطريقه الوسطى و بالأسباب الشرعيّه فلا تكون مربوطا بالبيع و الشرى و بجهه الولايه و انما ذكر اليتيم هنا لكون أكل المال بالباطل من مال اليتيم كثرا لعدم الدافع عنه كما ذكر ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸

فى بعض التفاسير أيضا، بل لا بد من إحراز من يجوز له التصرف ليكون تصرفه بوجه حسن و بالطريقه الوسطى من الخارج فلا شبهه فى دلاله المطلقات على ثبوت الصغرى و من له التصرف للأب و الجد فتكون تصرفاتهم من الطريقه الوسطى و بالشريعه الحسنه.

و لو تنزلنا عن تخصيص الآيه بالنهى عن التقرب التكليفى و أردنا من ذلك مطلق النهى أعم من التكليفى و الوضعى، بأن يكون المراد بها النهى عن التقرب بأموال اليتيم تكليفا و وضعا و يكون ذلك التقرب حراما تكليفا و غير نافذ وضعا فأيضا تكون الآيه خارجه عن صحه البيع من الولى مع المصلحه أو بدونه و تصرفات الولى لما ذكرناه من الوجه من كون المراد بالباء السببيه و من التى الطريقه الوسطى و الشريعه دون التصرّف الحسن فى مال اليتيم فأى شخص يجوز له التصرف و أى شخص لا يجوز له ذلك، فلا بدّ و ان يحرز من الخارج اذن فالروايات محرزه لذلك كما عرفت.

و بالجمله فالاستدلال بالايه انما يتوقف على مقدمتين على سبيل منع الخلو كلتاهما ممنوعه:- الأولى: إراده النهى التكليفى من النهى عن التقرب بمال اليتيم و قد عرفت ضعفه.

و الثانيه: ان يراد بالتى هى أحسن التصرّف الحسن ليدلّ على جواز التصرف للولى فى مال الطفل عند وجود المصلحه له، و قد عرفت منعه أيضا اذن فلا يبقى للآيه دلاله على المدعى فضلا عن القول بالتخصيص بالروايات

أو إيقاع المعارضه بالعموم من وجه، بل هى أجنبيّه عن جهه الولايه بالمره فضلا عن تلك القيل و القال فافهم.

الجهه الخامسه: هل الحكم مختص بالجد الدانى أو يعم العالى أيضا؟

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹

فالظاهر الإطلاقات هو الثانى، إذ لم يفصّل فيها بين العالى و الدانى بل مقتضى قوله (ع) فى روايه الكافى يجوز أمر الأب و الجد و كذا غيره عدم الفرق بين الأجداد و ان الجد و ان علا يشارك الأب فى الولايه عرضا على ان مقتضى الأخبار المتقدمه الداله على ثبوت الولايه للأب معللا بأنك و مالك لأبيك فإن الظاهر منها بحسب الاستغراق ان كل أب مالك لابنه و ماله انما سرى الحكم فكل أب عال مالك للأب النازل و ما فى يده، لكن الأب النازل مالك لابنه و ماله بالقياس استثنائى فيكون الأب العالى أيضا كك و بالجمله فالعمده فى المقام هو الإطلاقات و الزائد عن ذلك مؤيدات.

الجهه السادسه: فى انه إذا فقد الأب فهل الحكم بولايه الأجداد عرضى

اشاره

فلكل واحد منهم ولايه فى عرض الأخر أو طولى بمعنى ان الأقرب منهم يمنع الّا بعد ربما يتوهّم الثانى لايه الإرث «أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلىٰ بِبَعْضٍ» فكما ان الجد الأقرب الى الميت يمنع عن الأبعد فى الإرث فكك هنا أيضا و لكن الظاهر ان الآيه وارده لحكم الإرث و لا تشمل الولايه فكل منهما مقام غير مربوط بالاخر، بل مقتضى الإطلاقات فى باب النكاح أيضا عدم الفرق فى ذلك و كون كلهم مشتركين فى ثبوت الولايه لهم فى عرض الأخر مع وجود الأب و فقده خصوصا روايه الكافى يجوز أمر الجد و الأب فى النكاح و لم يوقف ولايه الجد على عدم الأخر مع عدم الأب أو مع وجوده و كك فى الإطلاقات الأخر و هذا مما لا اشكال فيه و إنما الكلام فى نفوذ ولايه الجد مع عدم الأب حيث انه ذكر ثبوت الولايه فى المطلقات للجد مع الأب فيمكن

الحدس منها انه مع فقد الأب ليس للجد ولايه على الطفل أصلا.

و بالجمله ان الكلام فى الجد يقع فى جهات ثلاثه:

الاولى: فى انه هل ثبت الولايه لغير الجد الأدنى من الأجداد

أو يختصّ الحكم بالجد الأدنى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰

أو يعم الأجداد الأعلون أيضا مورد بعض الروايات الداله على ثبوت الولايه للجد و ان كان هو الجد الأدنى كالروايه الداله على تقديم تزويج الجد على الأب و بعضها الأخر و لكن إطلاق جمله منها على مطلق الأجداد لا ينكر كروايه الكافى يجوز أمر الجد و الأب الشامل لمطلق الأجداد و غيرها و ذكر الجد مع الأب لا يكون قرينه لإراده الجد الأدنى فقط، ففى هذه الطائفه المطلقه غنى و كفايه، بل مقتضى التعليل لثبوت الولايه على الأب، بأن أنت و مالك لأبيك إذ هو شامل بنحو القضيّه الحقيقيه و بعنوان الاستغراق على كل الأجداد، بل يتأكد الحكم كلما تتصاعد الأجداد.

و بالجمله مقتضى طائفه من المطلقات هو ثبوت الولايه للأجداد الأعلون كما تثبت للجد الأدنى أيضا، و ان كان مورد بعضها خصوص الجد الأدنى الّا ان فى غيره غنى و كفايه.

الجهه الثانيه: هل يختص ولايه الجد بحال حياه الأب أو ثبت له مطلقا

كما هو المشهور بين المتأخرين و لو فى حال الممات أيضا مقتضى الإطلاقات هو عدم الفرق بين حال الحيات و حال الممات، كروايه الكافى و غيرها، بل مقتضى التعليل بقوله أنت و مالك لأبيك هو ذلك أيضا فلا وجه لتخصيصها بصوره الحيات، نعم يظهر من روايه فضل بن عبد الملك تقييدها بصوره الحيات فقط، فان فيها سئل عن تزويج الجد ابنه ابنه فقال عليه السلام إذا كان الأب حيّا و الجد مرضيّا فلا بأس، فإن الظاهر منها انه اعتبر فى ولايه الجد أمران الأول ان يكون الأب حيّا و الثانى ان يكون مرضيّا و ظاهر المرضى كونه مرضيّا فى دينه و دنياه فتكون داله على اعتبار العداله فى ولايه الجد و قد ورد

هـذا اللفظ فى إمام الجماعه أيضا و أريـد منه العـداله فبالأولويه تثبت اعتبارها فى ولايه الأب أيضا و عليه فما تقـدم منا من عـدم اعتبار العداله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱

فى ولاـيه الأـب و الجـد على الطفل بلا وجه لو صـحّت الروايه حيث ورد اعتبار ها هنا و ان عللوا الحكم هناك بوجه عقلىّ كما عن الإيضاح و غيره و انه ظاهر فى عدم وجود الروايه هنا و قد نقل المجلسى فى شرح الكافى عن بعضهم اعتبار العداله فى ولايه الأب و الجد اعتمادا على هذه الروايه.

و الكلام فى هذه الروايه يقع من جهتين:- الاولى: فى سندها.

و الثانيه: فى دلالتها.

امـا الاـولى فسـند الروايه من غير جهه جعفر بن سـماعه بن موسـى و ان كـان تمـام لكونهم ثقـات و ان كان بعضـهم واقفيّا رمى الروايه المجلسـى إلى الضـعف من جهه الوقف و امـا جعفر بن سـماعه فهو ضـعيف فتكون ضـعيفا من جهته و فى الرجال الكبير اتحاده مع جعفر بن محمـد بن سـماعه المسـلم الوثاقه و انما حـذف لأجل الاختصار و عليه فتكون الروايه موثقه و قيّـد بها جميع المطلقات مع ثبوت دلالتها و تختصّ ولايه الجد بصوره حياه الأب.

و لكن هذا فاسد فيكفى فى نفى الاتحاد و ضعف الروايه مجرد احتمال التعدد.

و بعبـاره اخرى انمـا يجوز العمـل بـالروايه مع ثبوت وثـاقته فبـدون الإـحراز لا يجوز العمل بها، فمجرّد كون جعفر بن محمـد بن سمـاعه ثقه لاـ يوجب كون جعفر بن سـماعه أيضا ثقه للاتحاد لاحتمال ان يكون هنا جعفران أحـدهما ابن السـماعه و الأخر ابن ابنه، فهو ليس ببعيد اذن، فالروايه ضعيفه السند كما فى المرات شرح الكافى.

الجهه الثانيه: فى دلالتها و قد

وقع الخلاف فى ان المفهوم فى قوله عليه السلام إذا كان الأب حيّا جاز، هل هو مفهوم الشرط أو هو مفهوم الوصف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲

فحكى الأول عن صاحب الجواهر و الثانى عن غيره، و ان كان الثانى بأن يكون ثبوت الولايه للجد بوصف التزويج لابنه، فإذا انتفى الوصف انتفى الولايه إذا القيد جاء لبيان تحقق الموضوع فليس من قبيل مفهوم الشرط فإنه مثل ان رزقت ولدا فاختنه فلا مفهوم فى الروايه لتدل به على عدم الثبوت عند موت الأب و ان كان من قبيل مفهوم الشرط فتدلّ على ذلك و قد اختار شيخنا المحقق الأول و أشكل فى المفهوم الشرط من جهه القيد جى ء به لبيان تحقق الموضوع و ان نفوذ العقد و جوازه فيما إذا كان الجد يزوج و مع عدم الزواج فليس هنا عقد حتى ينفذ أو لا ينفذ فيكون سالبه بانتفاء الموضوع نظير ان رزقت ولدا فاختنه و ان ركب الأمير فخذ ركابه و أمثال ذلك و الظاهر ان المقام من قبيل مفهوم الشرط و مع ذلك لا يدلّ على المقصود و توضيح ذلك ان القيد فى القضيه الشرطيّه تاره يجى ء لبيان تحقق الموضوع فقط كقولك ان ركب الأمير فخذ ركابه ان رزقت ولدا فاختنه فمع عدم الركوب و الارتزاق لا موضوع للحكم أصلا فضلا عن ثبوت المفهوم.

و اخرى يكون القيد مولبّا وجئ به بعنوان المولويّه كقولك ان جاء زيد فأكرمه إذا المجى ء قيد للإكرام و لكنه ليس بالتكوين، بل بالمولويّه فهذا لا شبهه فى ثبوت المفهوم فيه و دلاله انتفاء القيد على انتفاء الحكم.

و ثالثه تكون القضيّه الشرطيّه مركبه من أمرين أى يكون فيها قيدين أحدهما مولوى

و الأخر تكوينىّ كما إذا قال ان رزقت ولـدت و كان متصـفا بوصف كـذا فتصـدّق بـدرهم فان قيد الارتزاق تكوينى و لكن قيد اتصافه بوصف كذا مولوى فبالنسبه إلى القيد الذى لبيان الموضوع فلا مفهوم لها، و اما بالنسبه إلى القيد المولوى فللقضيّه مفهوم و هذه كبرى كليّه قد نقّحناها فى الأصول و المقام من هذا القبيل فان قوله عليه السلام ان زوّج الجد ابنه ابنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳

و كان أبوه حيّا بالنسبه إلى قيد التزويج، فالقضيه سيقت لبيان الموضوع فلا مفهوم لها مع انتفاء القيد و اما بالنسبه إلى القيد الأخر و هو كون الأب حيّا و الجد وصيّا فالقيـد مولوى فتدل على المفهوم فينتفى الحكم عند انتفاء القيد اذن فلا وجه للإشكال على الروايه من ناحيه مجى ء القيد لبيان تحقق الموضوع.

بل الوجه فى عـدم دلالتها على المفهوم و على اعتبار حياه الأب فى ثبوت الولايه للجـد هو ان القيد أعنى كون أبوه حيّا لم يذكر مولويّا و لتقييـد الولايه و تخصيصـها بخصوص حياه الأب بل ذكر للتنبيه على خلاف العامه من تخصيصـهم ولايه الجـد بصوره موت الأب و انه مع وجود الأب لا تصل النوبه إلى الجـد، فهذا الذى ذكرناه و ان كان فى نفسه خلاف الظاهر من الروايه و لكن مع ملاحظه ما التزم به العامه و ملاحظه الروايات الأخر حيث صـرح فيها بولايه الجـد مع حياه الأب تكون الروايه واضـحه الـداله على المدعى.

الجهه الثالثه: هل تختص الولايه بعد موت الأب بالجد الأدنى أو يعم الجد الأعلى أيضا،

الظاهر عدم الفرق فى ذلك بين حياه الأب و مماته فان ثبت الحكم لجميع الأجداد ثبت مطلقا، و الّا فلا، الظاهر هو الأول لوجود المقتضى و عدم المانع، اما الأول فلان إطلاقات باب النكاح

مع التعليل المذكور فى الروايات من قوله عليه السلام أنت و مالك لأبيك عدم الفرق بين الأجداد فى ذلك و اما عدم المانع فلأن ما توهم من المانع ليس الّا قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ فِي كِتابِ اللّهِ فعموم الآيه يشمل الولايه أيضا فتثبت الولايه على الأجداد عند موت الأب بالطول و ان كانت ثابته حال الحياه بالعرض للإطلاقات المقيده لعموم الآيه و لكن بعد الموت فلا مقيد فتخصص الحكم بالجد الأدنى الداله على ثبوتها لمطلق الأجداد مطلقا سواء كان الأب حيا أو ميتا، و فيه أن الآيه وردت فى الإرث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴

فلا يجوز التمسك بها فى المقام مع ما عرفت.

الكلام فى ولايه الفقيه

اشاره

قوله (ره) من جمله أولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف،

أقول و قبل الخوض فى المسأله لا يخفى أن الإفتاء من مناصب الفقيه، بل يجب له الإفتاء مع الرجوع اليه و اجتماع شرائط الإفتاء فيه كما يجب له القضاء بل هو من شئون الإفتاء و هذا مما لا شبهه فيه، و انما الكلام فى التكلم فى مقامين على ما تكلم فيهما المصنف.

و بعباره أخرى

ان للفقيه ثلاثه مناصب،

أحدها الإفتاء فيما يحتاج اليه الناس فى عملهم

و مورده المسائل الفرعيه و الموضوعات الاستنباطيه و هذا مما لا شبهه فى وجوبه على الفقيه إذ للمكلف اما يجب ان يكون مجتهدا أو مقلدا أو عاملا بالاحتياط، فإذا رجع المقلد الى الفقيه يجب عليه الإفتاء نعم بناء على عدم وجوب التقليد لا يجب الإفتاء و تفصيل الكلام موكول الى باب الاجتهاد و التقليد.

الثانى: الحكومه و القضاوه

فلا شبهه فى ثبوت هذا المنصب له أيضا بلا خلاف كما بيّن فى بحث القضاوه.

الثالث: ولایه التصرف فی الاموال و الانفس

اشاره

و یقع الکلام هنا فی جهتین:

الاولی: استقلال الولی بالتصرف فی مال المولی علیه أو فی نفسه مع قطع النظر عن کون غیره أیضا مستقلا فی التصرف فی ذلک و عدمه و توقف تصرّفات ذلک الغیر علی اذن الولی و عدمه.

الثانیه: فی عدم استقلال الغیر فی التصرف فی أموال المولی علیه و أنفسهم و انما هو متوقف علی اذن الولی من الحاکم أو غیره سواء کان الموقوف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۵

علیه أیضا مستقلا فی التصرف أو لم یکن، و المرجع فی ذلک الی کون نظره شرطا فی تصرّفات الغیر و ان لم یکن هو أیضا فی نفسه مستقلا فی التصرف فی أمواله و نفسه و بین الجهتین عموم من وجه ثم لا بأس بصرف عنان الکلام إلی ولایه النبی و أوصیائه تبعا للعلامه الأنصاری (ره) و یقع الکلام فیه فی جهتین کما تقدم.

أما الکلام فی الجهه الاولی و کونهم مستقلین فی التصرف فالکلام فیها من جهات أربعه:- الاولی: فی ولایتهم التکوینیه.

الثانیه: فی ولایتهم التشریعیه.

الثالثه: فی نفوذ اوامرهم فی الأحکام الشرعیه الراجعه إلی التبلیغ و وجوب تبعیتهم.

الرابعه: فی وجوب اطاعه أوامرهم الشخصیه.

أما الجهه الأولی [أی فی ولایتهم التکوینیه.]

فالظاهر أنه لا شبهه فی ولایتهم علی المخلوق بأجمعهم کما یظهر من الاخبار لکونهم واسطه فی الإیجاد و بهم الوجود، و هم السبب فی الخلق، إذ لولاهم لما خلق الناس کلهم و انما خلقوا لأجلهم و بهم وجودهم و هم الواسطه فی إفاضه، بل لهم الولایه التکوینیه لما دون الخالق، فهذه الولایه نحو ولایه اللّه تعالی علی الخلق ولایه إیجادیه و ان کانت هی ضعیفه بالنسبه إلی ولایه اللّه تعالی علی الخلق و هذه الجهه من الولایه خارجه عن حدود بحثنا و

موكوله إلى محله.

و اما الجهه الثالثه أعنى وجوب إطاعتهم فى الأحكام الراجعه إلى التبليغ

فهى قضيّه قياستها معها إذا بعد العلم بأن الأحكام الإلهيه لا تصل الى كل احد بلا واسطه و ان النبى صادق انما نبأ عن اللّه تعالى فلا مناص من وجوب اطاعته و حرمه المعصيه وجوبا شرعيا مولويا فهذه الجهه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶

أيضا غنيه عن البيان،

أما الجهه الرابعه فالظاهر أيضا عدم الخلاف فى وجوب اطاعه اوامرهم الشخصيه

التى ترجع الى جهات شخصهم كوجوب اطاعه الولد للوالد مضافا الى الإجماع و ان لم يكن تعبديا لاستناده الى الاخبار و الايات التى تدل عليه، اما الآيه فقوله تعالى أَطِيعُوا اللّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ.

إذ الظاهر منها كون كل منهم بعنوانه واجب الإطاعه و مفترض الطاعه و كون اطاعه كل منهم اطاعه للّه لأمره تعالى على ذلك لا من جهه كون إطاعتهم متفرعه اطاعه اللّه ليكون الأمر للإرشاد و يخرج عن المولويه.

و الاستشكال هنا من جهه الآيه و غيرها من الأدله ناظره إلى وجوب الإطاعه فى الجهات الراجعه إلى الإمامه دون شخصهم و شئونهم.

و فيه ان الأدله مطلقه من هذه الجهه فالتقييد بلا وجه نعم جهه الإمامه من الجهات التعليليه لا من الجهات التقييديّه و ان كونهم اماما و نبيّا أوجبت وجوب إطاعتهم فى جميع الجهات.

و بالجمله لا شبهه فى دلاله الأدله على ذلك و عدم تقييدهم بجهه الإمامه هذا و لا بأس بالاستدلال بقوله تعالى أيضا إِذا قَضَى اللّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً فليس لهم الخيره إذ حكمهم (ع) و لو بما يرجع الى شخصهم من الجهات من جمله القضاء خصوصا بضميمه قوله تعالى فليس لهم الخيره.

و اما الروايات فوق حدّ الإحصاء كما ورد فى وجوب إطاعتهم و فى عدّه موارد من زياره الجامعه ذكر ذلك و قد استدل عليه بدليل العقل بدعوى

انهم من جمله المنعمين و شكر المنعم واجب فاطاعتهم واجبه لكونها من جمله الشكر الواجب.

أقول: لا شبهه فى كونهم منعما لكونهم واسطه فى الإيجاد و الإفاضه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷

بل من أقوى المنعمين و ان شكرهم واجب و ان انعامهم من جمله إنعام اللّه و ان كان ضعيفه بالنسبه إلى (النعام اللّه تعالى) انعامهم و لكن هذا الوجوب ليس وجوبا شرعيّا، بل وجوب عقلّى بمعنى ان العقل يدرك حسن ذلك و قبح تركه و اما ان تركه أى شى ء يستتبع أ هو يستتبع العقاب فلا، بل غايته ان يستتبع منع النعمه و أخذها من المنعمين بصيغه المفعول.

و قد قلنا فى وجوب معرفه اللّه ان وجوب المعرفه شرعا لا- يستفاد من الدليل إذ ليس للعقل إلّا الإدراك و ان تعظيمه لانعامه حسن و لكن لا- يدلّ على كونه معاقبا إذا لم يشكر بل على حرمان النعمه فقط و ما يوجب العقاب و يستتبعه انما هو ترك الوجوب الشرعى و مخالفته.

و بالجمله لا يستفاد من الدليل وجوب المعرفه فكيف بوجوب اطاعه الأئمه فى اوامرهم الشخصيه.

و انما قلنا بوجوب المعرفه لأجل الضرر المحتمل و العقاب المحتمل و ليس هنا ذلك لقبح العقاب بلا بيان و لا يجرى ذلك فى وجوب المعرفه لعدم إمكان البيان قبل المعرفه و احتمال انه يعاقب بلا بيان ضعيفه و بالجمله العمده فى المقام هى الآيات و الاخبار و ربما يقرّر الدليل العقلى بوجه آخر غير مستقل و يتم بضمّ مقدمه أخرى اليه و حاصله ان الأبوه و البنوه تقتضى وجوب الطاعه على الابن فى الجمله و الإمامه تقتضى ذلك بالأولويه على الرعيه لكون الحق هنا أعظم بمراتب و هذا نظير

ان یقال ان الشی ء الفلانی مقدمه للشی ء الفلانی فمجرّد ذلک لا یکفی فی الوجوب و یتم ذلک بضم مقدمه أخری من ان المقدمه واجبه.

و فیه انه علی تقدیر تمامیه ذلک کما لا یبعدان یکون کذلک بل ورد فی الروایه ان الرسول (ص) سئل عن شخصی تحبنی أکثر من أبیک أو تحب

أبیک أکثر منی، فقال أحبک أکثر من ابی الی ان قال تحبی أکثر من اللّه فقال إنما أحبک للّه فاستحسنه الرسول (ص) الّا انّ اطاعه الأب لیست بواجبه فی جمیع الأمور فلا یثبت بذلک الّا وجوب الإطاعه فی الجمله، بل یمکن منع ذلک أیضا لاحتمال الخصوصیه هنا لأجل قرب الخصوصیه و من هنا لو أوجب احد إسلام شخص فلا یلزم من ذلک کونه واجب الإطاعه علی المسلم مع انه أوجب حیاته إلا بدیه و الأب أوجب الحیاه الجسدیه فقط لیس الّا.

و بالجمله لا یدل هذا أیضا علی کونهم (ع) واجب الإطاعه فی اوامرهم الشخصیه فالعمده هی ما عرفته من الایات و الروایات کما لا یخفی فراجع الی مظانها، بل عقد لذلک بابا فی الوافی و فیها انه (ص) قال ان الناس عبید لنا بمعنی انهم عبید فی الطاعه لا کعبید آخر لیباع أو یشتری فراجع، و فیها ان الأئمه مفترض الطاعه و ظاهر الفرض الوجوب المولوی لا الوجوب الإرشادی.

الجهه الثانیه فی ولایتهم التشریعیه

بمعنی کونهم ولیّا فی التصرف علی أموال الناس و أنفسهم مستقلا، فالظاهر أیضا لا خلاف فی ولایتهم علی هذا النحو و کونهم اولی بالتصرف فی أموال الناس و رقابتهم بتطلیق زوجتهم و بیع أموالهم و غیر ذلک من التصرّفات و یدلّ علی ذلک قوله تعالی النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ

أَنْفُسِهِمْ فإن الظاهر من الأولويه الأولويه فى التصرف و كونهم وليّا لهم فى ذلك لا بمعنى آخر، و قوله تعالى إِنَّما وَلِيُّكُمُ اللّهُ وَ رَسُولُهُ و معنى الاولى بالتصرّف ليس هو جواز تصرفهم بغير الأسباب المعده لذلك و مباشرتهم على غير النسق الذى يباشر المالك على هذا النسق، بل معناه كونهم أولى فى التصرف بالأسباب المعيّنه و مباشرتهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹

بالأسباب التى يباشر بها الملاك بان يطلّق الامام زوجه شخص ثم يزوجها بعقد النكاح اما لنفسه أو لغيره أو يتصرّف فى دار الغير ببيعها لشخص آخر، أو تصرفه فيها بنفسه، بل هذا ثابت بالروايات المتواتره و فى خطبه حجه الوداع من كنت مولاه فهذا على مولاه الست أولى بالمؤمنين من أنفسهم قالوا بلى، بل فى صحيح الترمذى و روى عنه الجامع الصغير و فسّره الذى للسيوطى فى فضائل على عليه السلام انه (ع) كان فى بعض الحروب أخذوا أسارى و كانت فيهنّ جاريه حسناء فاختص بها على عليه السلام فوقع جماعه فى الوسوسه و إذا رجعوا إلى النبى (ص) قبل ان ينزع الاولى لامه حربه مشى إلى النبى (ص) و كان رسمهم على المشى إليه (ص) قبل الذهاب الى بيوتهم إذا رجعوا عن الحرب فشكى عن علىّ (ع) ان الجاريه كانت فيئا للمسلمين فاختصّ بها علىّ (ع) فسكت النبى (ص) ثم جاء الثانى كالأول، فسكت النبى (ص) ثم جاء الثالث فغضب النبى (ص) و قال ماذا تريدون من على، فإنه ولى بعدى أى بعديه رتبيّه فانى اولى بالناس من أنفسهم يدل على ولايه على (ع) لجميع الناس نفسا و مالا و من هنا قال فى جامع الصغير انّ هذا أفضل منقبه

لعلیّ علیه السلام.

و بالجمله لا شبهه فی ولایتهم و استقلالهم فی التصرف علی أموال الناس و أنفسهم و توهم کون السیره علی خلاف ذلک و ان الأئمه لم یأخذوا مال الناس بغیر المعاملات المتعارفه بینهم فلا یجوز ذلک للسیره فاسد و ذلک من جهه ان غیر الأمیر المؤمنین علیه السلام لم یکن متمکنا من العمل بقوانین الإمامه بل کانوا تحت أستار التقیه، بل الأمیر أیضا فی کثیر من الموارد و کان فی غیر موارد التقیه لم یفعل ذلک لأجل المصلحه و عدم الاحتیاج الی مال الناس و الّا فلا یکشف عدم الفعل علی عدم الولایه کما لا یخفی، هذا کله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۰

ما یرجع الی المقام الأول أعنی الولایه بمعنی الاستقلال فی التصرف.

و اما الجهه الثانیه أعنی الولایه بمعنی توقّف تصرّف الغیر علی اذن الامام علیه السلام

فنقول تاره دلّ الدلیل علی توقف جواز التصرف للغیر علی اذن الامام (ع) و عدم جوازه بدونه کباب الحدود و نحوها.

و اخری یکون هنا إطلاق یدلّ علی اشتراطه باذنه کالقصاص و التقاص و قتل النفس للحد و اجراء الحدود و التعزیرات الی غیر ذلک من التصرفات فإن إطلاق أدله تلک الأمور یدل علی حرمه إیذاء الغیر و عدم جواز التصرف فی مال الغیر و نفسه و هکذا و هکذا فنتیجه ذلک هو الاشتراط بإذن الإمام علیه السلام و عدم جواز التصرف فی أمثال ذلک إلا باذنه.

و ثالثه: یقتضی الإطلاق عدم الاشتراط کما إذا شککنا فی اشتراط صلاه المیت بإذن الإمام (ع) فان مقتضی الإطلاق هو وجوبها لکل أحد کفایه بلا اشتراط باذنه (ع) و ینفی الاشتراط بالإطلاق و لو مع التمکن منه و لا یدل علی الاشتراط قوله السلطان أحق بذلک، فإنه فیما کان السلطان حاضرا وراء ان

یصلی فلیس لأحد ان یمنع من ذلک حتی الوارث لکونه أحق بذلک فلا دلاله فیه ان اقامه صلاه المیت مشروطه بإذن الإمام حتی مع التمکن من ذلک.

و بالجمله لو کان هنا دلیل دلّ بصراحته علی الاشتراط أو دلّ بإطلاقه علی ذلک أو علی عدمه فیکون متبعا و الأجل ذلک فالتزم المصنف (ره) بإجراء أصاله عدم الاشتراط و کون ذلک مخالفا للأصل و انه یقتضی عدم الاشتراط.

و الذی ینبغی ان یقال ان کان هنا یمکن الوصول الی الامام (ع) و سؤال حکم القضیه عنه (ع) أو عن نائبه الخاص لکون ذلک مما یسئل عنه لکونه من الأحکام الشرعیه فیها و الّا فیکون الأصل بحسب الموارد مختلفا فإنه ان کان

هنا تکلیف مجمل مردد بین ان یکون واجبا منجزا أو واجبا مشروطا بإذن الإمام (ع) فمقتضی الأصل هنا عدم الوجوب لانه لا یعلم وجوبه فیدفع بالبراءه.

و ان کان الوجوب منجزا و لکن نشک فی اعتبار اذنه (ع) فی صحته کصلاه المیت مثلا- للعلم بوجوبه علی کل احد و لکن نشک فی صحته بدون اذن الامام (علیه السلام) أو نائبه الخاص، فالأصل عدم الاشتراط فیکون واجبا مطلقا.

و بالجمله لیس مفاد الأصل العملی فی جمیع الموارد علی نسق واحد، بل نتیجته فی بعض الموارد هو الاشتراط و فی بعض الموارد عدم الاشتراط کما لا یخفی، فما ذکر المصنف من کونه علی نسق واحد لیس علی واقعه.

قوله انما المهم التعرض لحکم ولایه الفقیه بأحد الوجهین المتقدمین أقوله و الغرض الأقصی انما هو بیان ولایه الفقیه بأحد الوجهین المتقدمین و قد عرفت ان الکلام فی ولایه النبی (ص) و أوصیائه من جهات ثلاث من حیث

وجوب طاعته فى الأحكام الشرعيه و تبليغها و من حيث وجوب طاعته فى أوامره الشخصيّه و من حيث كونه وليّا فى أنفس الناس و أموالهم، و الظاهر انه لم يخالف أحد فى انه لا يجب اطاعه الفقيه الّا فيما يرجع الى تبليغ الأحكام بالنسبه إلى مقلده، و لكل الناس لو كان اعلم و قلنا بوجوب تقليد الأعلم و اما فى غير ذلك بان يكون مستقلا فى التصرف فى أموال الناس و كانت له الولايه على الناس بان يبيع دار زيد أو زوّج بنت احد على أحد أو غير ذلك من التصرفات الماليه و النفسيّه فلم يثبت له من قبل الشارع المقدس مثل ذلك نعم نسب الى بعض معاصرى صاحب الجواهر انه كان يقول بالولايه العامه للفقيه و كونه مستقلا فى التصرف فى أموال الناس و أنفسهم و اجتمع معه فى مجلس و قال صاحب الجواهر زوجتك طالق، فقال المعاصر ان كنت متيقنا باجتهادك لاجتنبت من زوجتى و كيف كان فلا دليل لنا يدلّ على ثبوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲

الولايه المستقله و الاستقلال فى التصرّف للفقيه الا ما توهم من بعض الروايات منها ما دلّ على ان العلماء ورثه الأنبياء و ان الأنبياء لم يورّثوا دينارا و لا درهما، و لكن ورثوا احاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشى ء منها أخذ بحظ وافر بدعوى ان الولايه على أموال الناس و أنفسهم من جمله تركه الأنبياء للعلماء فكما لهم ذلك فللعلماء أيضا ذلك.

و فيه أولا ان الوارثه انما تكون فى أمور قابله للانتقال فما لا يقبل الانتقال لا تقبل الوارثه كالشجاعه و السخاوه و العداله و غيرها من الأوصاف الغريزيه و النفسيه و ثانيا لم

نحرز كون الولايه من قبيل ما تقبل التوريث على ان الولايه العامه على القول بثبوتها للفقيه انما هى مجعوله له من قبل الأئمه لا منتقله إليهم بالتوريث فلا يمكن إثباتها للفقهاء بمثل هذه الروايات و ثالثا: ان الولايه خارجه عن حدودها تخصصا و ذلك من جهه أنها ناظره إلى أن شأن الأنبياء ليس ان يجمعوا درهما و لا دينارا و ليس همهم و حرصهم الى ذلك و جمع الأموال بل حرصهم ان يتركوا الأحاديث و صرحوا (عليهم السلام) بذلك و ان المتروك أى شى ء فى بعض الروايات و قال لكن ورثوا الأحاديث و من أخذ منها فإنما أخذ بحظّ وافر و ليست هى ناظره إلى ان الأنبياء لم يتركوا شيئا أصلا من الدار و الثياب، بل لا ينافى بترك درهم و درهمين إذ ليس ذلك من قبيل الحرص بجمع المال و الّا فالائمه عليهم السلام كانوا يتملكون الدار و الثياب و يورّثوها للورّاث.

و بالجمله ليست هذه الروايات ناظره إلى جهه توريث الولايه، بل هى خارجه عنها تخصصا و انما هى ناظره إلى توريث احاديث و الاخبار و من هنا ظهر ما فى الاستدلال بقوله (ع) و العلماء أمناء اللّه فى حلاله و حرامه فان الامانه و الاستيداع منهم لا يقتضى كونهم وليّا من قبلهم فى التصرف فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳

أموال الناس و أنفسهم.

بل يمكن ان يراد من تلك الاخبار كون المراد من العلماء هم الأئمه و الأوصياء عليهم السلام لكونهم هم العلماء بالمعنى الحقيقى، فمع دلاله تلك الاخبار على كون العلماء ورثه الأنبياء عن التصرف فى أموال الناس و أنفسهم فلا دلاله فيها لكونها ثابته للفقيه أيضا، فنعم الدليل الحاكم قوله

عليه السلام نحن العلماء و شيعتنا المتعلمون، اذن فيمكن دعوى ان كلّما ورد فى الروايات من ذكر العلماء فالمراد منهم الأئمه عليهم السلام الّا إذا كانت قرينه على الخلاف كما فى الروايه التى سئل الفرق فيها بين علماء هذه الأئمه و علماء اليهود و غيرها مما قامت القرينه على المراد بان العلماء هم الشيعه و الفقهاء، و أظهر من جميع من اراده الأئمه من العلماء قوله (ع) مجارى الأمور فى يد العلماء باللّه فان العلماء باللّه ليس غير الأئمه (ع) بل غيرهم العلماء بالحلال و الحرام من الطرق الظاهريه و مع قبول شمول العلماء باللّه للفقيه أيضا فلا دلاله فيها على المدعى، إذ المراد من ذلك كون جريان الأمر به لا يكون إلّا فى يد الفقيه بحيث لولاه تقف الأمر فهو لا تكون إلا فى توقف الأمر بدونها الحلال و الحرام نعم قد يكون للفقيه التصرف فى أموال الناس كاليتيم و المجنون و نحوهما و هذا غير ما نحن فيه.

و أما الروايات الداله على ان علماء أمتى كأنبياء بنى إسرائيل، و فى الفقه الرضوى بمنزله أنبياء بنى إسرائيل فهى ناظر الى وجوب تبعيه الفقهاء فى التبليغ و التنزيل من هذه الجهه بعد القطع بأنه لم يرد التنزيل من جميع الجهات، بل فى الجهات الظاهره فهى هذه كما فى زيد كالأسد إذ هو فى شجاعته لا فى جميع الجهات حتى فى أكله الميته مثلا و النكته فى ذلك واضحه إذ أنبياء بنى إسرائيل لم يكن كلّهم نبيّا لجميع الناس و رسولا عاما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴

بل كان بعضهم نبى بلده و بعضهم نبىّ محلته و بعضهم نبى مملكه نظيرهم فى ذلك العلماء و

انه يجب لكل قوم ان يتبع عالمه كما كان الواجب لبنى إسرائيل أن يتبعوا نبيّهم فى التبليغ و يمكن ان يكون التنزيل فى الشرافه و الثواب و الأجر و انهم مثلهم و هـذا أمر واضـح لو لاحظت التعليم و التعلمات العرفيه لجزمت بـذلك مثلا فتلميـذ المدرسه الثانيه لعلو المـدرسه أعلم من معلم المـدرسه الابتـدائيه و هكـذا فالفقهاء و ان كانوا فقهاء و تلامذه المدرسه المحمديه مثل معلم الأمه السـابقه من الأنبيـاء لعلو هـذه المـدرسه، بل بعضـهم أفضل من بعض هؤلاء الأنبياء و بالجمله و التنزيل فى هـذه الروايه من هـذه الجهه و هذا هو الظاهر.

و اما قوله (ص) اللهم ارحم خلفائى، قيل و من خلفائك يا رسول اللّه؟

قال: الـذين يأتون بعدى، فإن الظاهر من ذلك خليفتهم فى نقل الروايه و الحديث كما قال (ص) و يروون حديثى و سـنتى لا ان المراد من الخلافه، الخلافه فى التصـرّف فى أموال الناس و أنفسهم فهى أيضا خارجه عن المقام و الحاصل: ليست فى شى ء من هذه الروايات دلاله على كون الفقيه مسـتقلا فى التصرف فى أموال الناس و ان كان له ذلك فى بعض الموارد، كالطفل و نحوه، و لكنه انما ثبت له بأدله أخرى كما لا يخفى فافهم، و انه ليسوا ممن يجب إطاعتهم فى أوامرهم الشخصيه.

و أما ما ذكره المصنف من قوله (ع)

فى النهـج البلاغه أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جائوا ان اولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه، إذ الظاهر من ذلك شـموله بالولايه و استقلالهم فى التصرّف فى أموال الناس و أنفسهم.

فالظاهر كونها أجنبيه عن المقام إذ الأولويه لا تقتضى الولايه و ثبوت ما للمتبوع بأجمعه للتابع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵

و كذلك لا

دلاله فی قوله عجل اللّه تعالی فرجه هم حجتی علیکم و انا حجه اللّه، إذ الظاهر من الحجّیه هی الحجیّه فی الاحکام، و اما الولایه فی التصرف فلا معنی للحجیه فی ذلک، فلا ملازمه بین الحجیه و الولایه بوجه.

و أما المقبوله قال فسألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجلین من أصحابنا تنازعا فی دین أو میراث، فتحاکما الی السلطان أو الی القاضی أ یحل ذلک الی أن قال قد جعلته علیکم حاکما و فی ذیله ینظر من کان منکم قد روی حدیثنا و نظر فی حلالنا و حرامنا و عرف أحکامنا فیرضوا به حکما فانی قد جعلته علیکم حاکما، إلخ.

و قد استدل بها شیخنا الأستاذ علی المدعی و کون الفقیه ولیّا فی الأمور العامه بدعوی ان الظاهر من الحکومه هی الولایه العامه، فإن الحاکم هو الذی یحکم بین الناس بالسیف و السوط و لیس ذلک شأن القاضی و قد کان ذلک متعارف فی الزمان السابق و ان کان قد اتفق الاتحاد فی بعض الأزمنه بل الظاهر من صدرها هو کون القاضی مقابلا للسلطان و قد قرر الامام (ع) ذلک.

و فیه ان ما کان متعارفا فی الأزمنه السابقه، بل فیما یقرب الی زماننا هو تغایر الوالی و القاضی و ان القاضی من کان یصدر منه الحکم و الوالی هو المجری لذلک الحکم، و اما القاضی و الحاکم فهما متحدان و من هنا قال (ع) فی بعض الروایات جعلته علیکم قاضیا، و یدل علی اتحادهما بما فی ذیل الروایه من قوله (ع) فانی قد جعلته حاکما، إذ لو کان القاضی غیر الحاکم لم یقل انی قد جعلته حاکما، مع کون المذکور فی صدر الروایه لفظ القاضی، و

العجب منه (ره) حيث أيد مدّعاه بكون القاضى مقابلا للسلطان فى صدر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶

الروايه مع انه ليس كك، إذ المذكور فى الصدر انه تحاكما الى السلطان أو القاضى و من البديهى ان السلطان غير القاضى و الحاكم و ان المرافعات قد ترفع إلى القاضى و قد ترفع الى السلطان. و لأجل ذلك ذكر فى صدر الروايه السلطان و القاضى.

فتحصّل من جميع ما ذكرناه انه ليس للفقيه ولايه على أموال الناس و أنفسهم على الوجه الأول، بمعنى استقلاله فى التصرف فيهما، و من هنا اتضح انه ليس له إجبار الناس على جبايه الخمس و الزكاه و سائر الحقوق الواجبه كما هو واضح.

و اما ولايته على الوجه الثانى بمعنى اعتبار نظره فى جواز التصرفات فيما كان منوطا بإذن الإمام (ع) و ان تصرّفات الغير بدون اذنه غير جائز.

و قد استدل المصنف على ذلك و ولايته على هذا الوجه بالروايات المتقدمه و قد عرفت جوابها و ما أريد منها.

و استدل عليه أيضا بالتوقيع المروى فى إكمال الدين و احتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التى ذكر إنى سألت العمرى أن يوصل لى إلى الصاحب (عج) كتابا يذكر فيه تلك المسائل التى قد أشكلت علىّ فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحيه و السلام فى أجوبتها و فيها: و اما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه حديثنا فإنهم حجتى عليكم و انا حجه اللّه، و هذه الروايه و ان كان مسبوقا و ملحوقا بجملات لم تذكر، و لكن ظاهرها عدم ارتباطها بسابقها و لاحقها بوجه و كيف استدل المصنف بذلك على ولايه الفقيه على الوجه الثانى بقرائن فيها تدلّ على ذلك و

بعـد اراده خصوص المسائـل الشـرعيه فيهـا ان الروايه داله على إرجـاع نفس الحادثه إليه (ع) ليباشـر أمرها مباشـره أو اسـتنابه لا الرجوع فى حكمها اليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷

و فيه أنه لو كـان المراد بـالروايه هو ذلك لقال (ع) فارجعوها الى رواه حـديثنا و لم يقل فارجعوا فيها و من الظاهر ان الظاهر من الموجود فى الروايه أعنى هو الثانى، ليس الّا الرجوع إليهم فى الحكم، فان المناسب للرجوع إليه فى الشـى ء ليس الّا الرجوع إليه فى حكمه بل هذا هو المناسب للرجوع إلى الرواه فإنهم لا يدرون الّا حكم الواقعه و اما اعتبار إذنهم فى التصرّف فلا.

و منهـا التعليـل بكونهم حجّتى عليكم و انا حجه اللّه، فإنه إنما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هـذا منصب ولاـه الامـام من قبل نفسه لا انه واجب من قبل اللّه سـبحانه على الفقيه بعـد غيبه الإمام عليه السـلام و الّا كان المناسب ان يقول انهم حجج اللّه عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم أمناء اللّه على الحلال و الحرام.

و بـالجمله لـو كـان المراد من ذلـك هو مـا يكون راجعـا الى الحكم لقـال (ع) انهم حجـج اللّه لكون الحكم له و لكن لم يكنى ككك، بل النصب فى جهه ترجع الى نفس الإمام فهى الولايه.

و فيه مـا عرفت سابقـا من ان الحجيه تنـاسب تبليغ الأحكام الشـرعيه كما فى قوله تعالى فَلِلّٰهِ الْحُجَّةُ الْبٰالِغَةُ و اما الولايه فلا ملازمه بينهـا و بين الحجيه و عـدم نسـبه حجيتهم الى اللّه من جهه ان الأئمه واسـطه فى ذلك لعـدم وصول الحكم من اللّه الى العباد بلا واسطه و ان ما يفعلون انما يفعلونه

بحكم اللّه تعالى فيكون ما يكون حجّه من قبلهم حجه من قبل اللّه فلا يكون فى هذه أيضا قرينيه على المدعى.

و منهـا ان وجوب الرجوع فى المسائل الشـرعيه إلى العلماء الـذى هو من بـديهيات الإسـلام من السـلف الى الخلف مما لم يكن يخفى على أحد فضلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸

على مثل إسـحاق بن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامه إلى رأى أحد و نظره، فـإنه يحتمـل أن يكون الامـام قـد وكّله فى غيبته الى شـخص أو أشـخاص من ثقـاته فى ذلك الزمان و الحاصل ان لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات.

و فيه ان الظـاهر من الحوادث هى الفروع المتجـدده التى ارجع الامـام فيهـا الى رواه كمـا يقتضـى ذلـك الإرجاع إلى الرواه فإنّ بعض الفروع قد تكون متجدده و مسـتحدثه صـرفه فهى من المهام المسائل التى لا بدّ و ان يسـئل من الامام فقد سئل الراوى عن ذلك و مثل هـذه الفروع ليس من شؤنها جهه نقص من كل شـخص، و لذا سـئل إسـحاق بن يعقوب و ان كان من أجلا العلماء بواسـطه محمـد بن عثمـان العمرى الـذى هو من السـفراء الامـام عن الحوادثه التى هى متجـدده، فأجاب بإرجاعه إلى السـفراء و العلماء.

و بالجمله ان الحوادثه المتجدده و الفروع المستحدثه مما يشكل الأمر فيها، فلا بداهه فى لزوم السؤال عنها عن الامام عليه السلام ليكون السؤال عنه لغوا كما هو واضح، فافهم.

و بعبـاره اخرى انه ليس كـل مسأله فرعيه تقضـى البـداهه لزوم الرجوع فيها الى الامام فى زمانه و الى الفقهاء فى زمان الغيبه، بل منها الفروعات المستحدثه التى يشك فى

ان المرجع فيها من هو، فلذا يسأل الراوى عن حكم ذلك فى زمان غيبه الكبرى، إذ فى زمان غيبه الصغرى يسئل عن نفس الامام بواسطه السفراء و اما فى زمان غيبه الكبرى فلا، و لذا ارجع الإمام فى ذلك الزمان الى الفقهاء بالنيابه العامه و انهم و ان لم تصل إليهم فى روايه و لكن يصلون الى حكمها و لو من الأصول و ذلك ككثير من الفروع المتجدده فى زماننا منها مسأله اللقاح بواسطه التلقيح و ان الولد بمن يلحق و ممن يرث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹

و قد استدل على ذلك بان السلطان ولى ما لا ولى له، و فيه ان هذا لم يثبت من طرقنا كونه روايه أو قاعده مسلمه كبعض القواعد الفقهيه، و اما من طرق العامه فعلى تقدير ثبوته فلم ينجبر ضعفها بعمل المشهور و على تقدير الانجبار فلا دلاله فيه على المقصود إذ المراد بذلك ان السلطان أولى بالتصرف من غيره، و انه ولى من لا ولى له فى التصرف فى ماله و نفسه و هذا غير مربوط بولايه الفقيه، بوجه اذن فلا دلاله فى شى ء من الروايات على ولايه الفقيه بوجه من الوجهين من معنى الولايه.

و ربما يستدل على ثبوت الولايه للفقيه بوجهين بتقريبين آخرين الأوّل ان الولايه فى الأمور العامه بحسب الكبرى ثابته عند العامه بالسيره القطعيه و ان اشتبهوا فى صغرى ذلك و تطبيقها على غير صغرياتها الّا ان ذلك لا يضرّ بقطعيّه الكبرى الثابته بالسيره.

و اما الصغرى فهى ثابته بالعلم الوجدانى إذ بعد ثبوت الكبرى، فالأمر يدور بين تصدى غير الفقيه على التصرف فى الأمور العامه و بين تصدى الفقيه بذلك فيكون مقدما على

غيره.

و بالجمله نثبت الكبرى بالسيره القطعيه و الصغرى بالعلم الوجدانى.

و فيه ان اشتباههم فى الصغرى و ان كان مسلما و لكن نحتمل ان يكون ذلك فى الكبرى أيضا كسائر مبتدعاتهم فى الدين فلم تقم سيره قطعيه متصله إلى زمان النبى (ص) على ذلك، بل يكفى مجرد الشك فى ذلك فإنه لا بدّ من دليل قطعى يدل على جواز التصرف فى أموال الناس و اعراضهم و أنفسهم.

و التقريب الثانى ما عن بعض المعاصرين ان يقال ان ما هو مسلم عند العامه من القول بالولايه العامه مذكور بحسب الكبرى فى التوقيع الشريف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۰

فان المذكور فيه انه تحاكما الى السلطان أو القاضى فهو بصراحته يدل على ذلك فنحكم بثبوت تلك الكبرى للفقيه الجامع للشرائط فى زمان الغيبه، إذ لا نحتمل ان يكون غيره وليّا فى ذلك فى عرضه، بل لو كان فهو ولى لذلك.

و فيه انه لا يمكن المساعده الى ما ذهب اليه هذا المعاصر فإنه و ان ذكر السلطان و القاضى فى الروايه و ذكر الامام عليه السلام بان من عرف حلالنا و حرامنا انّى جعلته قاضيا فى روايه ابن خديجه و جعلته حاكما فى المقبوله، و لكنى الذى أرجع الإمام إليه ليس إلّا فى المرافعه و المنازعه كما قال فى الصدر تنازعا فى دين أو ميراث الى السلطان أو القاضى و اما أزيد من ذلك فلا اذن فالمسلّم من الروايه هو ثبوت الولايه له فى المنازعات و المرافعات و منصب القضاوه و ثبت له منصب التقليد و كونه مرجعا فى الأحكام بالأدله الخارجيه و اما فى غير هذين الموردين فلا.

هذا كله بحسب الروايات.

و امّا بحسب الأصل: فقد تقدم سابقا ان

بعض الأمور لا يجوز لغير الفقيه ان يتصدى اليه و يتصرّف فيه الّا باذنه و لعل من هذا القبيل باب الحدود و التعزيرات إذ لا يجوز لأحد ان يظلم أحدا إلّا فيما ثبت جوازه بدليل فلا شبهه فى كون الحدود من أعظم مصاديق الظلم لولا تجويز الشارع، نعم لو كان فى باب الحدود و التعزيرات و كذلك فى باب الأموال و أمثال ذلك مما فيه حق للغير إطلاق ما دلّ على جواز أمثال ذلك من كل أحد فنتمسك به فنحكم بجواز تصدى غير الفقيه أيضا بذلك و لكن ليس الأمر كك.

نعم يمكن دعوى الإطلاق فى مثل الزنا لقوله تعالى الزّانِيَهُ وَ الزّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ واحِدٍ مِنْهُما مِائَهَ جَلْدَهٍ و لكنه قيد بالروايات.

و بالجمله فى أمثال الموارد لا يجوز لغير الامام و نائبه أن يتصدى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۱

بالتصرف إلّا بإذنه إذ قد ثبت بالأدله القاطعه عدم جواز التصرف فى أموال الناس و أنفسهم و اعراضهم بلا اذن و رضائه من المالك للتصرف.

و إذا شككنا فى اعتبار اذن الامام عليه أو الفقيه فى صحه شى ء لا فى وجوبه كصلاه الميت إذ هو واجب لكل مكلّف فلا نشك ان يكون اذن الفقيه من شرائط الوجوب فندفع ذلك بالإطلاق ان كان هنا إطلاق و بأصاله البراءه لو لم يكن فى البين إطلاق فتثبت نتيجه الإطلاق.

و ان كان وجوب شى ء كصلاه الجمعه مثلا مشروطا باذن الفقيه كما ذهب بعض الى ذلك و ان صلاه الجمعه لا تكون واجبه عينيه إلّا بإذن الفقيه و شككنا فى ذلك فمع عدم الدليل ندفع وجوب ذلك بالأصل، بل لا يجب الاستئذان أيضا لأن تحصيل شرط الواجب ليس من الواجبات و

انما الواجب هو إتيان الواجب بعد تحقق موضوعه و شرائطه بأجمعها.

و ان كـان الشـك فى جواز التصـرف بـدون اذن الفقيه من غير أن يكون هنا احتمال الوجوب كالتصـرف فى الأوقاف العامه فلا يجوز التصـرف فيه و لاـ يشـرع إلا بإذن الفقيه إذ من المسـلم الضـرورى أنه لا يجوز التصـرف فى مال الغير بـدون إذنه ففى مثل الأوقاف دار الأمر بين جواز التصرف مطلقا و بدون إذن أحد فى ذلك.

و بين جوازه باذن الفقيه فلا شـبهه أن المتيقن هو صوره الاذن من الفقيه فيكفى فى عدم جواز غير هذه الصوره مجرد الشك فى الجواز إذ المورد مورد التصـرف فى الأموال و من هذا القبيل اشتراط اذن الفقيه فى صـرف مال الامام عليه السـلام فى موارده إذ من الضـرورى بطلان احتمال دفن ذلك مع وجود المستحقين و الموارد المحتاجه إليه خصوصا فى مثل القراطيس و كك إلقائه فى البحر فان ذلك ليس الّا مثل الإحراق و الإتلاف و كك الإيصاء الى ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۲

يصل الى الامام عليه السـلام فإنه بعـد تبدل يد أو يدين يكون تالفا مثل الإلقاء فى البحر اذن فنقطع برضاء الامام عليه السـلام فى صرفه فى مصالح الدين فاهمّها فى تحصيل العلوم.

و عليه فيدور الأمر بين ان يتصـرّف فى ذلك المال كل احد بدون رضائه الفقيه و بين ان يتصـرف باذن الفقيه فالمتيقن هو جواز التصرف باذن الفقيه اذن فالنتيجه ثبوت ولايه الفقيه على مال الامام (ع) على الوجه الثانى، أى بمعنى أشراط التصرف باذنه.

و ان اجتمع الأـمران بـأن كـان وجوب شـى ء و جواز التصـرف فيه مشـروطا باذن الفقيه كالأمور الحسبيه من التصـرف فى أموال القاصرين و المجانين و

مجهول المالک و أموال الصغار و غير ذلک فهنا أيضا بالنسبه إلى الوجوب نجرى الأصاله البرائيه، بل ليس تحصيل الإذن أيضا من الواجبات لعدم وجوب تحصيل شرط الوجوب و بالنسبه إلى جواز التصرف نحكم بعدم جوازه بدون اذن الفقيه لأن المقدار المتيقن هو التصرف باذن الفقيه كما عرفت فى مثل الأوقاف.

فتحصّل انه ليس للفقيه ولايه بكلا الوجهين على أموال الناس و أنفسهم فليس له ان يروّج بنتا صغيره لابن صغير أو كبير و لا تزويج ابن صغير و لا يجوز له بيع داره و هكذا و هكذا الّا ان يكون الصغير بدون ذلک فى معرض التلف فيدخل تحت الأمور الحسبيه.

نعم، لو الولايه فى بعض الموارد لكن لا بدليل لفظى، بل بمقتضى الأصل العملى كما عرفت.

ثم ان ثمره ثبوت الولايه بالأصل أو بالدليل هو انه إذا كان شى ء واجبا و شكّ فى كون صحته مشروطا باذن الفقيه فبناء على ثبوت ولايته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۳

بالدليل لا يجوز لغيره ان يمتثل بدون اذنه لعموم الدليل عليه لكونه مثلا من الحوادث الواقعه فلا بدّ فيه و أن يرجع الى الفقيه أو يتصدى به باذنه و ذلک كصلاه الميت إذا شک فى اعتبار اذن الفقيه فيه.

و ان كان ثابتا بمقتضى الأصل فلا بدّ ان ينفى احتمال اعتبار إذنه بأصل البراءه.

و أما فى الأمور الأخر التى نشک فى أصل وجوبها بدون اذن الفقيه أو فى مشروعيتها أو فى كليهما كما تقدم فلا يفرق الحال فيها بين ما كان ولايه الفقيه ثابته بدليل أو بأصل، بل فى كلا الفرعين لا يجوز التصرف فى الأوقاف و سهم الامام عليه السلام و أموال الصغار حسبه إلّا بإذن الفقيه سواء كان

ولایه الفقیه ثابته بالأصل أو بالدلیل.

فی ولایه عدول المؤمنین

اشاره

قوله: مسأله: فی ولایه العدول المؤمنین.

أقول: إذا قلنا بولایه الفقیه و أمکنت الإجازه منه فی الموارد التی لا یجوز لغیره التصرف فیها إلّا بإذنه أو لم یمکن الاستیذان منه لعدم الوصول الیه و ان کان موجودا فحال غیر الفقیه هنا حال الفقیه مع الإمام فی صورتی الاستیذان و عدمه أما فی فرض إمکان تحصیل الاذن منه فلا کلام فیه فلا بد من تحصیله منه و أما فی فرض عدم إمکان الوصول الیه فیقع الکلام هنا فی جهتین: الاولی:

فی جواز ولایه غیر الفقیه من العدل و غیره أو اختصاصها بالعدل الإمامی و بیان وظیفته فی نفسه

اشاره

، الثانی: فی بیان وظیفه من عامل مع هذا الولی فهل یکون مالکا لما اشتراه أم لا؟

أما الکلام فی الجهه الأولی:

فمقتضی الأصل

بالنسبه إلی الأمور التی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۵۴

واجبه مطلقه و لکن یشک فی اعتبار اذن الفقیه فی صحته کصلاه المیت، فلا إشکال فی صحه من أحد و لو من الفساق من المؤمنین و لا یجب تحصیل الاذن من عدول المؤمنین و لو فی فرض التمکن من التحصیل.

و اما فی الأمور التی یشک فی أصل وجوبها إلا بإذن الفقیه کالتکالیف التی نحتمل ان یکون أصل وجوبها مشروطا به أو مطلقا فتجری فیها البراءه فیحکم بعدم الوجوب.

و أما فیما کان الشک فی أصل المشروعیه فلا یجوز لأحد أن یتصرف فی ذلک لا وضعا و لا تکلیفا إلّا بإذن عدول المؤمنین، مثلا لو مات أحد و ترک أموالا و أولادا صغارا فأحتاج الی بیع تلک الأموال من اثمار و نحوها مما تتلف لیومه أو فی یومین

فجواز هـذا التصـرف بـالوضع مع إمكـان الفقيه يحتـاج الى اذنه فبـدونه يتصـرف فيه عـدول المؤمنين أو غيرهـم باذن منهـم، و اما بـدون إذنهم فلاـ يجوز و كـك التصـرف التكليفى كحفـظ دراهمه و أمواله المحتاجه إلى الحفظ من دون احتياج الى التصـرف الوضـعى أو كان محتاجا بكلا التصـرفين، بان يبيع و يحفظ لثمنه ففى جميع ذلك لا يجوز لغير العـدول أن يتصـد بـذلك بدون اذن منهم.

و الوجه فى ذلـك هو ما تقـدم فى ولايه الفقيه من أنه ثبت بالأدله القاطعه عـدم جواز التصـرّف فى مال الغير إلّا بإذنه مع احتياج ذلك المال الى التصرف فدار الأمر بين الأعم و الأخص بأن يتصرف فيه كل شخص أعم من الفاسق و

العـادل أو خصوص العـادل و غيره بـاذنه فـالمتيقن هو الثـانى فيكفى مجرّد الشـک فی عـدم جواز تصـرّف غيره وضـعا و تكليفا لإطباق الأدله على عدم جواز فالخارج منها قطعا هى صوره الاذن من العدول أو تصديهم بنفسهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۵

على التصرف و من هذا القبيل الأوقاف العامه و سهم الامام عليه السلام من الخمس على التقريب الذى تقدم.

و قد مثل المصـنف بما كان أصل مشروعيته مشكوكا ببعض مراتب النهى عن المنكر كما إذا وصل الى حد الجرح فإنه لا يجوز ذلـک بمقتضـى الأصـل، لكونه ظلمـا و إيلامـا فهو غير جائز بالأدله الخاصه فلا إطلاق لأدله النهى عن المنكر حتى يتمسک بها لإثبـات مشـرعيه ذلـک إلّا إذا كـان منجر الى حـد يخاف من اضـمحلال الإسـلام فهو كلام آخر، و التمسک فی ذلک بان كل معروف صـدقه واضع الفسـاد إذ الكبرى و ان كـانت مسـلّمه و انمـا الكلاـم فى الصـغرى و إثبـات ان هـذه المرتبه من النهى عن المنكر من المعروف الصدقه و ليس ككک.

و هكذا الكلام إذا كان الشک فی أصل المطلوبيه و المشروعيه إلّا بإذن الفقيه أو بالإطلاق فبالنسبه إلى المطلوبيه تجرى البراءه و بالنسبه إلى المشروعيه نجرى أصاله عدم المشروعيه.

و بـالجمله فحـال غير الفقيه من عـدول المؤمنين مع تعـذر الوصول اليه حـال الفقيه مع تعـذر الوصول الى الامـام عليه السـلام بلا زياده و نقيصه، كما أن هذه النسـبه محفوظه بالنسبه الى ما دون العدول مع تعذرهم بحفظ الاحتياط بأخذ المتيقن من كل مرتبه، فافهم.

و حاصل الكلام: إذا قلنا بثبوت الولايه للفقيه و أمكن الوصول اليه فلا بد من الاذن منه.

و ان تعذر الوصول إليه و كان موجودا فى بلاد لا

يمكن الاستيذان منه و لو بالمكاتبه فح فهل يجوز لكل احد ان يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه، و لو كان عاما فاسقا أو تصل النوبه إلى عدول المؤمنين الظاهر انه لا يجوز لأحد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۶

أن يتصرّف فيما تصرف فيه الفقيه بعد تعذر الوصول اليه الّا بإذن من عدول المؤمنين لا وضعا و لا تكليفا إذ قد يكون الاحتياج الى التصرف الوضعى كما إذا مات احد و ترک ثمارا له فإنه لو لم يبع لكان فاسدا فحفظا لمال الصغير لا بدّ من بيعها.

و أخرى يكون الاحتياج الى التصرّف التكليفى كحفظ دراهم الغير و أخرى إلى كلا الأمرين.

ثم قد يكون شى ء مفروض المطلوبيه للشارع غير مضاف الى أحد و اعتبار نظائره الفقيه فيه ساقط له بفرض التعذر و كونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط فيكون اذن الفقيه ساقطا بلا شبهه إذ نشک فی اعتباره مطلقا أو فی حال الاختيار فنتمسک بإطلاق الواجب فندفع اعتبار الشرط و هذا كصلاه الميت، بل فی مثل ذلک لا يجب الاستيذان من عدول المؤمنين و لو مع التمكن فيصديه كل من تصدى به و لو كان فاسقا إماميا.

و أخرى يكون الأمر مرددا بين أن يكون واجبا باذن الفقيه أو واجبا مطلقا، ففى هنا نجرى البراءه عن أصل الوجوب.

و قد يكون الشک فی أصل مشروعيه شی ء بدون اذن الفقيه كبعض مراتب النهی عن المنكر على مثله فی المتن فان كان هنا إطلاق لأدلّه النهی عن المنكر يكون متبعا و يدفع به احتمال دخاله إذن الفقيه فيه و ان لم يكن فيه إطلاق فمقتضى الأصل عدم الجواز لكونه تصرفا

فى نفس الغير و ظلما و يلاما له فهو لا يجوز.

و ان كـان الاحتيـاج الى التصـرف ممـا لاـ بـدّ منه مع كون الشك فى أصل مشـروعيه التصـرف بـدون اذن الفقيه كالتصـرف فى الأوقاف العامه و سهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۷

الامام عليه السلام على النحو الذى تقدم و تعذر الوصول الى الفقيه، فح يدور الأمر بين التصرف المطلق و بين التصرّف مع الاذن من العـدول المؤمنين فحيث ان التصـرف مـالى فلاـ يجوز بغير إذن أهله فالمتيقن من ذلك هو التصـرّف باذن العـدول و ان كان الشك فى أصل المشـروعيه مع احتمال كونه واجبا تكليفا باذن الفقيه أو مطلقا كالتصـرّف فى أموال الصـغار حسـبه فبالنسبه إلى الوجوب تجرى البراءه و بالنسبه إلى أصل التصرّف الوضعى يستأذن من العدول لكونه هو المتيقن و هكذا فى التصرّف التكليفى كحفظ ماله مثلا.

و بـالجمله مكـان عـدول المؤمنين مع تعـذر الوصول اليه مكـان الفقيه مع تعـذر الوصول الى الامـام (ع) بمقتضـى الأصل و مفاد يختلف كما عرفت بحسب الموارد.

هذا كله ما تقتضيه الأصل

و لكن قد ادعى ثبوت الولايه لعدول المؤمنين مع تعذر الوصول الى الفقيه بمقتضى الروايات

اشاره

فلا بدّ من قراءه الروايات حتى يلاحظ دلالتها على ذلك.

منها صحيحه محمد بن إسماعيل

رجل مات من أصـحابنا بغير وصـيّه، فرفع أمره الى قاضى الكوفه فصير عبد الحميد القيم بماله، و كان رجل خلّف ورثه صغارا و متاعا و جوارى فباع عبـد الحميـد المتاع، فلمّا أراد بيع الجوارى ضـعف قلبه عن بيعهنّ إذ لم يكن الميت صـيّر اليه وصـيّه و كان قيامه بهذا بأمر القاضـى لأنهنّ فروج، قال فذكرت ذلك لأبى جعفر عليه السـلام و قلت له يموت الرجل من أصحابنا و لا يوصى الى أحد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا منّا لبيعهن، أو قال يقوم بذلك رجل فضعف قله لأنهن فروج فما ترى فى ذلك، قال: إذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس الخير.

و محل الكلام هنا جهه المماثله و انها فى أىّ شى ء فجعل المصنف

مورد الاحتمال فيها أربعه اما المماثله فى التشيّع أو فى الوثاقه فى ملاحظه مصلحه اليتيم و ان لم يكن شيعيا أو فى الفقاهه بأن يكون من نواب الامام عليه السلام عموما فى القضاء بين المسلمين أو فى العداله.

و أبعد المصنف الاحتمال الثالث و تبعه شيخنا الأستاد بدعوى انه لو كان المراد بها المماثله فى الفقاهه لكان مفهوم الشرط انه لو لم يكن القيم فقيها ففيه الباس و هذا ينافى كون التصرف فى مال اليتيم و القيام بأمره من الأمور التى لا تسقط بتعذر اذن الفقيه فيدور الأمر بين الاحتمالين الأخيرين و النسبه بين الوثاقه و العداله و ان كان عموما من وجه الا انه لا شبهه ان العدل أيضا لا بدّ من ان يتصرف فيما هو مصلحه اليتيم، فالعداله فى هذا الباب

هی الأخص من الوثاقه و فی الدوران بین الخاص و العام الخاص هو المتیقن و اذن فلا بدّ و ان یکون المتصدی عادلا و الممثاله تحمل علی هذا.

و یرد علیه ان الإطلاق یکون متبعا إذا شک فی تعین المراد، فیکون بمقتضی ظهور الکلام متعینا و اما إذا کان المراد معلوما بالعلم الخارجی فکان الشک فی کیفیه المراد فلا یمکن إثبات ذلک بأصاله عدم التقیید، کما فی المقام.

و بعباره أخری قد حققنا فی المفاهیم و فی غیرها ان إطلاق المفهوم کسائر الإطلاقات من الحجج الشرعیه و متبع بالنسبه إلی تعین المراد من المتکلم فالعلم بعدم إراده الإطلاق من الخارج لا یضرّ بالإطلاق و لا یوجب عدم وجوده ففی المقام و ان کان ثبوت الولایه لغیر الفقیه عند تعذر الوصول الیه مسلما و لکنه بالعلم الخارجی فهو لا یضرّ بثبوت المفهوم علی الإطلاق و انه إذا لم یکن فقیه لا یجوز القیام بأمر الصغیر کما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۵۹

علی انه ینتقض بجعل المماثله فی العداله أیضا إذ لا شبهه فی ثبوت الولایه لغیر العادل عند تعذر العدول و تعذر تحصیل الاذن منه، فالإشکال المذکور من هذا الجهه مشترک.

و الانصاف أن کل من المحملات قابل الإراده اذن فتکون الروایه مجمله فالمتیقن من المماثله هو اجتماع جمیع الجهات فی الولی للصغیر فلا تکون الروایه شاهده لما نحن فیه، فافهم.

و حاصل الکلام: انه استدل علی ولایه عدول المؤمنین مع الوصول الی الفقیه بروایات.

منها: صحیحه محمد بن إسماعیل

المذکوره و قد عرفت ان المحتملات فیها أربعه المماثله فی التشیع و المماثله فی الفقاهه و المماثله فی العداله و المماثله فی الوثاقه، و قد عرفت ان الشیخ و شیخنا الأستاد قد اشکلا

فی إراده الفقـاهه من الممـاثله للعلم بولاـیه عـدول المؤمنین مع تعـذر الوصول الی الفقیه مع ان مفهوم ذلـک ینفی وصول النوبه إلیهم لکـونه انه إذا لم یکن القیم فقیهـا فلاـ یجـوز، فإطلاـقه ینفی جـواز ولاـیه عـدول المؤمنین أمکن الوصول الی الفقیه أو لم یمکن فاعتبر العـداله فیه فی صوره التعـذر إذ لم یکن القاضـی المذکور فی الروایه فقیها و لا عادلا و لا شـیعیا حتی یتوهم انه لم یکن الوصول الی الفقیه متعذرا.

فنقول: اما احتمال التماثل فی التشیّع فبعید جدا إذ الظاهر من الروایه ان الشـیعیه مفروض الوجود و مفروغ عنه، و انما السؤال من جهه أخری و ان نصب القاضی یجوّز جواز التصرّف للقیم أم لا؟ مع عدم کون القاضی شیعیا و لا فقیها فی مذهبنا و لا عدلا، بل و لا ثقه علی الظاهر و لو مع الشک.

و ذلک لان فرض السائل کون الرجل من أصحابنا و جعل القاضی العبد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۶۰

الحمیـد فیمـا مع جریـان العـاده بجعل القیم من الأصـدقاء و من المقربین المطلعین علی خصوصـیات أحوال المیت یساعـد کونه شیعیّا.

و أما ما أورد المصنف و الأستاذ بإراده

المماثله فی الفقاهه

ففیه أولا النقض بإراده المماثله فی العداله إذ المحذور المذکور وارد علی هذا أیضا للعلم بوصول النوبه إلی المؤمنین الفاسـقین مع تعذر العدل منهم العیاذ باللّه مع انّ المفهوم ینتفی جواز تولیتهم علی ذلک.

و ثانیـا: انه قـد حقق فی المفـاهیم و غیرهـا ان أصـاله عـدم التقیـد و ظهور الإطلاق انما یتبع فیما إذا کان الشک فی أصل المراد فمقتضی ظهور الکلام و إطلاقه نستکشف مراد المتکلم و ینتج به له و علیه و هذا بخلاف ما لو علم

المراد من الخارج و كان الشك فى كيفيه المراد فح لا يمكن التمسك بأصاله عدم التقييد ففى المقام قد علم المراد من الخارج بأنه مع تعذر الفقيه تصل النوبه إلى العدول من المؤمنين فى الولايه على الصغار، و كان الشك فى كيفيه ذلك المراد من المفهوم فلا يجوز، ح التمسك بأصاله عدم التقييد لإطلاق مفهوم فى بيان كيفيه المراد حتى يتوهم ان إطلاق المفهوم ينفى وصول النوبه إلى المؤمنين العادلين فليس المورد مورد للتمسك بأصاله عدم التقييد أصلا، كما هو واضح، اذن فلا مجال لإشكال المصنف إذ هو مفروض التمسك بأصاله عدم التقييد و قد عرفت عدم وصول النوبه إليها.

و التحقيق ان الظاهر إراده المماثله من الروايه من جميع الجهات حتى فى العربيه و الكوفيه و لكن نرفع اليد عن ذلك فى الأمور التى نقطع بعدم مدخليتها فى الحكم بنحو كالعربيه و الكوفيه و نحوهما و يبقى الباقى تحت الإطلاق، بل كلما نشك فى خروجه و دخوله من جهه مدخليته و عدمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۱

و انما الخارج ما نعلم بعدم دخالته فى الحكم، اذن فلا وجه لاعتبار العداله فقط من جهه أخذ القدر المتيقن.

و عليه فلا بدّ من اعتبار الفقاهه و الوثاقه و العداله و جميع الخصوصيات للمحسنه التى نحتمل دخالتها فى الحكم فى الولايه المجعوله فى الروايه فافهم.

نعم، ربما يقال ان عبد الحميد هذا محتمل بين اثنين أحدهما ثقه لم تثبت فقاهته، و هو ابن سالم، و الآخر فقيه و لم يثبت وثاقته و هو ابن سعيد، فح تكون الروايه مجمله من حيث اعتبار الفقاهه و لكن الظاهر ان المراد منه هو عبد الحميد ابن سالم كما صرح به فى

الروايه حيث قال و جعل عبد الحميد بن سالم القيم بماله كما فى التهذيب فى باب الزياده من الوصيه و أن توثيقه لم ينحصر بهذه الروايه، بل ظاهر عباره النجاشى فى ابنه محمد بن عبد الحميد بن سالم هو ذلک مع إثبات كتاب له فيكون فقيها فلاحظ، بل يكفى فى اعتبار المماثله مجرّد الاحتمال فى كونه فقيها فإنهم على انه لا يمكن الاستدلال بها بما نحن فيه لتوهم ورودها فى خصوص عدول المؤمنين إذ محل كلامنا فى ولايه عدول المؤمنين و اعتبار العداله فيهم بعد تعذر الوصول الى الفقيه و لكن مقتضى الروايه بحسب الإطلاق ساكت عن صوره التعذر بالوصول اليه عن صوره الوصول بالإمام عليه السلام لإمكانه أيضا لهم و ان كان بعد أيام فإن الظاهر ان بيع جميع مال الصغار لم يكن ضروريا حتى لا يمكن الرجوع اليه (ع) كما ترک بيع الجوارى حتى سئل عن الامام (ع).

نعم، بإطلاقها تدل على اعتبار العداله فى صوره التعذر أيضا، بل بالأولويه و لكن هذا غير ورودها فى خصوص صوره التعذر و اعتبار العداله فى المؤمنين إذا كانوا وليّا، بل مع قطع نظر عن الشبهه المذكوره فلا بد من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۲

اعتبار الفقاهه أيضا بمقتضى المماثله كما عرفت، و بالجمله لا نفهم من الروايه ما يوجب اعتبار العداله فى الولى بعد تعذر الوصول الى الفقيه.

و منها موثقه سماعه

فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيّه و له خدم و مماليک كيف يصنع الورثه بقسمه ذلک، قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلک كلّه فلا بأس، و استفاد المصنف من ذلک اعتبار الوثاقه فيه و ان لم يكن فيه

ملكه العداله و حمل على ذلك روايه محمد بن إسماعيل المتقدمه إذ كان اعتبار العداله فى الولى المؤمن اعتماد عليها من جهه الأخذ بالقدر المتيقن فهذه الروايه يبين المراد و كون المناط هى الوثاقه و ان لم يكن عدلاً و لا إماميّا.

و لكن الظاهر ان المراد من الثقه بالروايه غير ما فهمه المصنف إذا المعنى الذى ذكره ناشئ من الارتكاز بما ذكره أهل الرجال من معنى الوثاقه و الّا فالوثاقه فى الروايات ليس هى العداله، بل أخص منها إذ ربما يكون العادل غير ثقه فى فعله لعدم التفاته بمزايا التصرف لبله و نحوه، و قد ورد فى بعض الروايات الداله على اعتبار العداله فى إمام الجماعه بأنه إذا كان ثقه ترضون دينه و فى بعض الروايات ان فلانا ثقه فى دينه و دنياه، و هذه الروايه أيضا ساكته عن صوره التعذر من الفقيه بل من الامام أيضا

و منها صحيحه إسماعيل بن سعد

فإنها تدل على اشتراط تحقق عنوان العداله حيث قال عليه السلام إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك فهى أيضا أعم من صوره التعذر من الوصول الى الفقيه، بل الى الامام، و عدمه فيعتبر نفس العداله فى ذلك.

و الظاهر ان الذى يستفاد من الروايات هو جواز ولايه عدول المؤمنين فى خصوص مال اليتيم توسعه و لو مع التمكن الاذن من الامام أو الفقيه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۳

إذ العاده جاريه بعدم التمكن فى جميع النقاط حتى القرى، و اما فى غير التصرّف فى مال اليتيم بالبيع فلا حتى الشرى لهم و لو كان مصلحه و هذه المدعى فى غايه الوضوح خصوصا على الشبهه المذكوره فى عدم اعتبار الفقاهه من جهه المماثله فلا دلاله فيها

على اعتبار العداله فى الولى عند التعذر من الفقيه الذى هو محل الكلام الّا على الإطلاق.

قوله: ثم انه حيث ثبت جواز تصرّف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لأعلى وجه النيابه من حاكم الشرع.

أقول: ربما يقال ان من ثبت الولايه له فى زمان الغيبه على غيرهم كالوكلاء المتعددين فى آن بناء واحد عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الأول فأجاب عنه المصنف بان الوكلاء إذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الأخر مأذونا فى تصرف مغاير و ان بنى عليه الأول و دخل فيه، اما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون إلزامهم كالزامه و دخولهم فى الأمر كدخوله و فرضنا أيضا عدم دلاله دليل وكالتهم على الاذن فى مخالفه نفس الموكّل و التّعدّى عمّا بنى هو عليه مباشره أو استنابه كان حكمه حكم ما نحن فيه.

و فيه ان المقدمات ليست من الأمور التى تقبل النيابه و الوكاله بل مورد الوكاله هى الأمور الاعتباريه كالتزويج و البيع و سائر المعاملات و اما المقدمات كسائر الأفعال التكوينيه مثل الأكل و الشرب فغير قابله للوكاله.

و الذى ينبغى ان يقال هو ان الظاهر ان ينظر الى دليل الوكاله فإن كان فيه إطلاق حتى يشمل صوره وضع الأخر يده على المال أو أكثر من ذلك فيجوز، بل مع الإطلاق و الشمول يجوز للوكيل الثانى ان يتصرف فيه على خلاف تصرّف نفس الموكل فضلا عن وكيله و ان لم يكن لدليل الوكاله إطلاق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۴

فلا يجوز للثانى ان يتصرف فى غير ما علم دخوله تحت وكالته و ان يضع الأخر يده عليه لقصور ما دل على جواز التصرف فيه و من هنا ظهر حكم الوصايه أيضا.

و اما الأب و الجد فكل منهما

ان يتصـرف فى مال اليتيم حتى مع تصـرف الأخر بان ينقض تصـرفه فضـلا إذا وضع يـده عليه و لم يتصـرّف بعد، فكل منهما ان يفسخ بيع الأخر الذى باعه خياريا و هكذا.

ثم انه فرّق المصنف بين الحكام و عدول المؤمنين فى ثبوت الولايه لهم

حيث منع من مزاحمه الفقيه الأـخر عن الفقيه الـذى وضع يـده على مال اليتيم و جوّزها فى عـدول المؤمنين و محصّل كلامه فى وجههمـا ان الولاـيه الثـابته لعـدول المؤمنين ليست الّـا على وجه الجواز أو الوجوب أو النـدب التكليفى، لاـ على وجه النيـابه من حاكم الشـرع فضـلا عن كونه على وجه النصب من الامام عليه السلام فمجرّد وضع أحدهم يده على مال اليتيم لا يمنع الأخر عن تصرفاته نظير الأب و الجد حيث يجوز لكل منهما ان يتصرّف فيما وضع الأخر يده عليه.

و أما حكام الشـرع فان اسـتندنا فى ولايتهم الى مثل التوقيع المتقـدم و أما الحوادث الواقعه فارجعوا فيها الى رواه أحاديثنا جازت المزاحمه لكل منهم عن تصـرّف الأخر قبل تصرّفه إذ الخطاب فيه مختص بالعوام فلا يجوز لهم مزاحمه الفقيه فى تصرفاته، و اما الفقهاء فكل منهم حجه يجوز أن يتصرّف فى مال المولى عليه.

و أما لو استندنا فيها الى عمومات النيابه و تنزيل الفقيه منزله الامام عليه السلام، فالظاهر عدم جواز مزاحمه الفقيه الذى وضع يده عليه إذ دخوله عليه كـدخول الامام عليه، فلا يجوز مزاحمه الإمام فيما يريـد الاقدام عليه على انه يلزم من جواز المزاحمه اختلال النظام سيما فى مثل هذا الزمان الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۵

شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومه.

و يرد على الثانى أولا انه لا دليل على النيابه كما تقدم حتى يقال أن مقتضاه هو تنزيل الفقيه منزله الامام عليه

السلام فلا يجوز مزاحمته و انما الولايه ثبت لهم و لغيرهم من المؤمنين على تقدير فقدانهم بمقتضى الأصل و الّا فليس هنا دليل لفظى يؤخذ بعمومه.

و ثانيا: انه على تقدير وجود الدليل اللفظى فعمومه يقتضى ثبوت الولايه لكل فقيه فى عرض ولايه الأخر و كون كل منهم نازلا منزله الإمام (ع) فلا يلزم من تصرف الثانى مزاحمه الإمام أو من هو فى منزلته، اذن فيجوز لكل منهم مزاحمه الأخر، بل التصرف فيما تصرف فيه الأخر بالفسخ و نحوه إذا كان تصرف الأول بمثل بيع الخيارى و اما كونه مستلزما لاختلال النظام من جهه كثره المدعين لذلك، ففيه ان المدعى لذلك ان كان على وجه صحيح فلا يلزم فيه اختلال النظام فإن أحدهم يرى مصلحه فيبيع مال اليتيم و الأخر يرى مصلحه فيفسخ فأى اختلال نظام يترتب عليه، فإنه يكون مثل تصرّفات الأب و الجد حيث يتصرف أحدهما فى مال المولى عليه على وجه و يتصرّف الأخر على خلافه، بل ينقضه بان يفسخ بيعه مثلا فهل يتوهم أحد لزوم اختلال النظام من ذلك.

و يرد على الأول انه لا نفهم معنى لكون ولايتهم على وجه التكليفى الوجوبى أو الندبى إذ لا شبهه فى نفوذ تصرفهم من البيع و الشراء و غيرهما من أقسام التصرفات عند فقد الحكام و ليس معنى الولايه إلّا ذلك التى ثبت من قبل الإمام و الّا فمجرّد الحكم التكليفى فهو من الأمور الحسبيه الغير المربوطه بباب الولايه إذن فولايه العدول كولايه الفقيه فلا وجه للتفريق.

على ان الدليل الدال على ثبوت الولايه لهم لو تم فإنما هى كالولايه الثابته للفقيه و انهم مع فقدهم كالفقيه مع فقد الامام عليه السلام، فالفرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

بینهما بلا وجه.

و توهم اختلال النظام فی الثانی دون ولایه العدول مع کونهم أکثر فاسد، و التحقیق هنا هو ما تقدم سابقا من ان الولایه الثابته للفقهاء و لعدول المؤمنین انما هی بحسب الأصل و أخذ القدر المتیقن من جواز التصرّف فی مال الغیر فنتیجته عدم جواز تصرّف الفقهیه الأخر فی مال المولی علیه بعد وضع الأول یده علیه أو تصرّفه فیه لکونه تصرفا فی مال الغیر فهو حرام إذ لم نحرز جوازه إلّا للأول لکونه هو المتیقن و هکذا الکلام فی عدول المؤمنین فما ذکره المصنف فی الحکام و ان کان متینا من حیث المدعی و لکنه لا یتم من جهه الدلیل الذی ذکره.

و بالجمله فالأصل الاولی یقتضی عدم جواز التصرّف لأحد فی مال غیره و بعد القطع بجوازه فی مال الیتیم للحکام و لعدول المؤمنین فی الجمله فالمتیقن منه هو عدم جواز تصرّف الثانی فیه بعد وضع الأول یده علیه أو تصرفه فیه.

قوله: اما ما ورد فیه العموم فالکلام فیه قد یقع فی جواز مباشره الفاسق.

أقول

ذکر المصنف هنا فروعا لا بأس بالإشاره إلیها:-

الأول: انه هل یجوز مباشره الفاسق فی مال الیتیم مثلا أم لا؟

فحکم المصنف (ره) هنا بالجواز، و عدم اعتبار العداله فی منصب المباشر بدعوی شمول عموم أدله فعل المعروف و ان کانت الأدله الخاصه قاصره و تلک العموم کقوله (ع) عون الضعیف من أفضل الصدقه و عموم قوله تعالی وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ و نحو ذلک.

و فیه الظاهر ان ما افاده لیس بتمام، بل لا بدّ من العمل بمقتضی الأصل الذی کان مفاده عدم جواز تصرف غیر العادل فی مال الصغیر عند

فقد الفقیه لکونه هو القدر المتیقن فی ذلک الخارج عن أصاله

عدم جواز التصرف فی مال الغیر.

و أما عموم عون الضـعیف من أفضل الصدقه فعلی تقدیر صحه الحدیث فهو ناظر الی الکبری و ان کلما کان عونا للضعیف فهی صـدقه و أمـا الصـغری فلاـ بـد و ان تکون محرزه من الخـارج فلاـ تکون الکبری متکلفه لإثبـات الصـغری إذ لا نسـلم ان تکون تصـرّف الفاسق فی مال الیتیم من مصادیق الصـدقه فضـلا عن کونه من أفضـلها و من هنا ظهر الجواب عن عموم قوله تعالی وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ فإن الکبری و ان کان مسـلما و لکن لا نسـلم ان تصـرّف الفاسق فی مال الیتیم من القرب الحسن بـأی معنی أخـذ القرب و الحسن علی مـا ذکره المصـنف من معانیهمـا حتی فی صور کون التصـرف صـلاحا أو لم یکن الترک أصـلح من الفعل، بل کان الفعل أصـلح من الترک إذ التصرّف حرام فلا یجوز بمثل تلک الاحتمالات ما لم تثبت الولایه للمتصـرف فی مال الیتیم کما لا یخفی، بل تدل علی عدم جواز بیعه و تصـرفه فیه، الأخبار المتقدمه الداله علی عدم جواز البشـر من الفاسق الذی تصدی الی التصـرف فی مال الیتیم فإنه إذا لم یجز الشـری لم یجز البیع أیضا فإنه لا معنی لصحه البیع من طرف البائع و بطلانه من طرف المشتری، بل بطلان من أحد الطرفین یستلزم البطلان من الطرف الأخر أیضا.

و بـالجمله لاـ وجه لتصرّف الفـاسق فی مـال الیـتیم بـوجه و انه طریق غیر حسن لعـدم الـدلیل علی جواز تصـرّفه و عـدم شـمول العمومات المتقدمه علیه کما عرفت.

الثانی: فی حکم الشراء من الفاسق

اشاره

فالظاهر أیضا اشتراط العداله فیه فلا یجوز الشراء منه و ان ادعی کون الفعل مصلحه، بل یجب أخذ المال

من يده حسبه لدلاله الروايات المتقدمه على اعتبار العداله فيمن تصدى لبيع مال اليتيم ليكون الشرى منه كقوله عليه السلام فى روايه زراعه و قام عدل فى ذلك و غيره فقد فرق المصنف بين هذه المسأله و بين المسأله السابقه من انه لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى و أخذ الثمن من الفاسق و الوجه فى ذلك هو ان الموضوع فى المسأله السابقه هو إصلاح المال و مراعاه الحال و التصرف معنون بذلك العنوان و هو لا يحرز باخباره قولا أو عملا، و لا بأصاله الصحه إذ مورد أصاله الصحه انما هو فيما تحقق الفعل فى الخارج و شك فى صحته و فساده من ناحيه بعض الشروط، ففى المقام لم يتحقق الفعل ليحمل على الصحه حين الشك فى الصحه و الفساد، بل يريد المشترى أن يشترى من الفاسق فأصاله الصحه لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسأله السابقه فإنّ الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثمن فبأصاله صحه المعامله يحكم بكونه هو الأول.

و لكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا- تجرى أصاله الصحه لا تحرز شرائط الفعل الذى فى معرض الوقوع و هذا بخلافه فى المسأله السابقه فإنّ الغرض الذى هو حفظ مال اليتيم و إصلاحه حاصل إذ لا يعلم ان ماله هو الثمن أو المثمن فبأصاله صحه المعامله يحكم بكونه هو الأول.

و لكن الظاهر ان هذا الفرق فاسد فلا- تجرى أصاله الصحه فى كلتا المسألتين فإن مقتضى الروايات المتقدمه هو لزوم إحراز الشراء

من العادل و لذا قال عليه السلام و قام عدل و ان التصرّف الصادر من غير العادل فاسد و ان كان فيه غبطه الصغير لعدم كونه وليّا.

و عليه و ان كان الثمن فى يد الفاسق و تحققت المعامله بتصرفه و لكن هذا التصرّف باطل لعدم صدوره عن أهله لعدم كونه وليّا ففعله هذا فاسد قطها، فكيف يحمل على الصحه بأصاله الصحه فإن مورد أصاله الصحه انما هو فيما كان للفعل صحه تأهليّه بعد وقوعه فى الخارج فالفعل الواقع هنا فاسد قطعا لعدم صدوره عن اهله فكيف يحمل على الصحه بأصاله الصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۶۹

فما ذكره من عدم جريان أصاله الصحه فى الفرع الثانى و عدم قياسه بصلاه الميت جار هنا بلا زياده و نقيصه.

و بالجمله بعد ما ثبت انه لا ولايه للفاسق على مال الصغير و ان تصرفاته ليست بنافذه فى حقه فلا يفرق فى عدم ترتيب الأثر على فعله بين الحدوث و البقاء ففى كلتا المسألتين يحمل فعله على الفساد كيف فإن أصاله الصحه لا يجعل الفاسق الذى ليس له التصدى بأمور الصغير جزما وليّا له و لا ينقض تعجبى من المصنف كيف رضى بجريانها هنا و تصحيح عمله بها بعد العلم بعدم كونه أهلا للتصرّف و هذا نظير ان يحمل بيع غير المالك، كالغاصب على الصحه بأصاله الصحه مع العلم بكونه غاصبا فهى توجب كونه مالكا و كك هنا ان أصاله الصحه لا تعجل غير الولى وليّا و لا تجعل الفعل الذى ليس له صحه تأهليه، بل فاسد جزما كما هو واضح.

و توهم كون الثمن فى يد الفاسق يدل على الصحه بمقتضى قاعده اليد توهم فاسد فإن قاعده اليد

انما تصلح المعامله من جهه الشک فی المالک ففی المقام انها لا تثبت الولایه لمن لیس بولی قطعا، نعم لو صدر الفعل ممن لا ندری أنه عادل أم لا فسیأتی حمل الفعل فیه علی الصحه فکم فرق بین المسألتین.

نعم لو صدر البیع من شخص و شککنا فی صحته و فساده من جهه الشک فی کونه عادلا أو غیر عادل من اعتبار العداله فی الولی أو شککنا فی کونه ولیّا أو غیر ولی و لو کان عادلا فیحمل علی الصحه فإن المناط فی أصاله الصحه الذی هو تحقق الفعل فی الخارج و الشک فی صحته و فساده موجود هنا، فمقتضی أصاله الصحه یحمل بیعه علی الصحه و هذا غیر ما تقدم من صدور الفعل من غیر أهله قطعا بحیث لا مجال لأصاله الصحه بوجه فافهم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۷۰

ثم لو أردنا اشتراء مال الصغیر ممن نشک فی انه عادل لیکون ولیّا عنه و کان تصرفه نافذا أو فاسق لا ینفذ تصرّفه فلا یمکن حمله علی الصحه بأصاله الصحه، فإنها إنما تجری فی مورد تحقق الفعل فی الخارج و شک فی صحته و فساده کما عرفت، ففی هنا لم یتحقق الفعل بعد، فکیف یحمل علی الصحه فأصاله الصحه لا یتکفل علی إثبات أن المتصدی بالفعل الذی یرید إیجاده فی الخارج ولی للصغیر کما هو واضح.

و لا تجری هنا قاعده الید أیضا لأنها لا تجعل من لا ندری ولایته علی الصغیر ولیّا و یتضح ما ذکرناه بملاحظه ما تقدم من لزوم إحراز ان الشراء لا بد و ان یکون من العادل بمقتضی قوله علیه السلام و قام عدل علی ذلک و الّا فلا یجوز الشراء و

هـذا غير مـا ذكرناه من حمل فعله على الصـحه مع الشک فی الصـحه و الفساد إذ هو بعـد تحقق الفعل و کان فيه موضوع أصاله الصحه تماما.

و ربما يقال بقياس ذلک بالشک فی تصرّف الولی من انه عادل أم لا؟

فکما يحمل فعله على الصحه فکک هنا.

و لکنه من العجائب و جوابه يظهر من کلامه إذ توقفنا فی حمل الشـراء ممن لا نعلم انه عادل أم لا، من جهه عدم العلم بعدالته و ولايته إذا الولی على مال الصغير انما هو العادل فما لم نحرز ذلک ان الفعل صدر من الولی و ان شرائنا ممن له التصرف فی ماله فلا يجوز الاقدام عليه قبل الإحراز و هذا بخلاف ما صدر الفعل عن الولی مع العلم بکونه وليّا جزما و شـککنا فی عدالته و فسـقه فإن الولايه و نفوذ التصرّف فيه محرز قطعا و انما الشک فی أمر آخر غير مربوط بالولايه و بنفوذ التصرف فکم فرق بينهما.

ثم لو أخبر الفاسق على وقوع الفعل کإخباره على وقوع الصلاه على الميت أو بوقوع التصرّف من العادل مثلا، لا يسمع اخباره إذ لا دليل على

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۷۱

حجيه خبر الفـاسق و لا ـ دليـل على الاعتبـار فی خصوص المقام، بل يسـمع قول المخبر بوقوع الفعل و ان لم يکن عادلا بناء على اختصـاص أدله اعتبار الخبر بالأحکام و عـدم شـموله على الموضوعات و ما نحن فيه أيضا کک فلا بـد من ترتيب الأثر عليه من قيام البينه على ذلک کما هو واضح لا يخفى فافهم.

و الحاصل: انه يقع الکلام فی جهتين:-

الاولى: فی اعتبار العداله فی تصرّف المتصرف و عدم اعتبارها فيه.

و الثانيه: فی مشروعيه معامله الغير مع المباشر، و انه هل يعتبر عداله المباشر أم لا؟ و انما لم نعتبر اعتبارها

فى جهه الاولى.

أما الجهه الأولى: فقد عرفت ان المصنف لم نعتبر العداله فى تصرف المتصرّف فى مال الصغير مع فقدان الولى و تمسک فى ذلک بقوله عليه السلام عون الضعيف من أفضل الصدقه، و قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فيجوز ان يتصرف الفاسق فى مال الصغير و لو لم يستأذن من الحاكم.

و فيه انک قد عرفت عدم جواز تصرّف الفاسق فى مال الصغير الّا مع الاستيذان من الولى أو الحاكم، و أما عون الضعيف من أفضل الصدقه فعلى تقدير قبول الصحه فلا دلاله فيه على المقصود إذ هو ناظر إلى مطلوبيه الكبرى فلا يشمل ما يشک فى كونه عونا إذ لا- يتكفل الكبرى على إيجاد الصغرى، و کک قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إذ هو لا يثبت ان تصرّف الفاسق من القرب الحسن مضافا الى دلاله الروايات المتقدمه على اعتبار العداله كما عرفت، اذن فلا يجوز لغير العادل التصرف فى مال الصغير بمقتضى الأصل الذى عرفته.

و أما الجهه الثانيه: أعنى جواز الشرى ممن ليس بعادل

فقد اعتبر المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۲

العداله هنا للروايه المتقدمه، بل حكم بوجوب أخذ المال من يده، و لا يمكن تصحيحه بحمل فعل المسلم على الصحيح بأصاله الصحه إذ الموضوع هنا عنوان بسيط أعنى إصلاح مال الصغير فنشک فى تحققه و عدمه فلا يحرز بأصاله الصحه و ليس ذلک مثلا إتيان صلاه الميت فإنها بعد تحققها فى الخارج فنحمل على الصحه إذا الواجب هنا هى الصلاه الصحيحه و قد علم صدور أصلها من الفاسق و إذا شک فى صحتها أحرزت بأصاله الصحه بخلافه هنا إذ عرفت ان الواجب هو العنوان البسيط فلم يتحقق فى

الخارج و هو كاخبار الفاسق بوقوع الصلاه على الميت ثم نزله منزله بلوغ البائع فإنه لا يحرز بأصاله الصحه ثم حكم بجريانها فيما إذا وجد الثمن فى يد الفاسق من مال الصغير و تردد الأمر بين كون الثمن ملكا للصغير أو المثمن فبأصاله صحه المعامله من الطرفين يحكم بكون الثمن من مال الصغير ثم أمر بالتدبر.

و يرد عليه أولا: انه ليس فى الأدله السابقه ما يدل على ان الموضوع فى المقام هو إصلاح مال و مراعاه الحال ليكون الشك فيه شكا فى أصل تحققه فلا يمكن إحرازه بأصاله الصحه، بل الظاهر منها عدم جواز التصرف فى ماله الّا بوجه عيّنه الشارع، و ذلک الوجه هو الوجه الحسن على ما ذكر فى الآيه، فالموضوع فى المقام هو عنوان القرب المشروط بكون على وجه حسن، فأصل القرب محرز بالوجدان فشرطه فهو كونه بوجه حسن بأصاله الصحه.

و بالجمله انه لا وجه للمنع عن جريان أصاله الصحه بوجه و لو كانت الآيه إلّا بالتى هى أصلح فإنه ح تكون الأصلحيه شرطا للقرب لا موضوعا للحكم.

و ثانيا: على تقدير كون الموضوع هو إصلاح المال فلا وجه لإجراء أصاله الصحه فيما إذا تردد الأمر بين كون مال الصغير هو الثمن أو المثمن، إذ مجرد التردد لا يوجب إجراء أصاله الصحه فاصل عنوان إصلاح المال مشكوک الوجود فلا يحرز بأصاله الصحه فلا وجه له ان يفرق بين المسألتين بل يشكل الأمر ح لو كان المتصدى هو العادل و شككنا فى كونه إصلاحا فى حق الصغير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۳

و مراعاه له أم لا؟ فيكون أصل عنوان الإصلاح مشكوكا فلا يحرز بأصاله الصحه و لعل الى ما ذكرناه أشار بالأمر

بالتدبر، فافهم.

و الـذى ينبغى ان يقـال انه ليس لنـا دليـل لفظى دل على حجيه أصـاله الصـحه و كونهـا من الأـصول المعتبر و اما قوله «ضع فعل أخيك المسـلم على أحسـنه» فقد قرر فى محله انه خارج عن حدود أصاله الصـحه التى من الأصول المعتبره فى الفقه، فان مورد ضع فعـل أخيـك على أحسـنه هو عـدم حمل فعل الأخ على الحرام، مثلا لو علم أنه تكلم بشـى ء فيحمل على أحسـنه من انه لم يفحش لاـ انه حمـل على أنه سـلم ليكون رده واجبـا و كـك عامـل معامله فتحمل على انها ليست ربويه لا أنها معامله صـحيحه، فـالمقصود أنه حكم أخلاـقى نظير صـدق أخيـك و لو يجيئك خمسون قسامه فكـذبهم فمعناه لا ترتب الأثر على قولهم فاحمل كلامه على أحسنه لا انه كذبهم و احملهم على الكذب.

و انمـا الـدليل على اعتبارها السـيره القطعيه المسـتمره فى بعض الموارد و الظاهر ان الضابطه فيها هو ما كان الفاعل الـذى يحمل فعله على الصـحه مسـلطا على التصرف و مالكا له و بعد إحراز سلطنته عليه فإذا شك فى بعض الشرائط فيكون فعله محمولا على الصـحه و الوجه فيه هو ان السـيره دليل لبىّ لا يؤخذ بها إلّا بالمقدار المتيقن و عليه فلا يجوز لأن يحمل الفعل الصادر من الفاعل الـذى لا ندرى كونه مالكا على التصـرف و عدم كونه مالكا عليه على الصـحه فلا يمكن الحكم بصـحه المعامله إذا صدر الفعل من الفاسق و شك فى ان الثمن هو مال الصـغير أو المثمن و هكـذا لا يمكن الحكم بالصـحه بأصاله الصـحه إذا صـدر الفعل من الفاسق و لكن نحتمل أنه استأذن من العادل أو من الولى أم لا لعدم إحراز

مالكيته على التصرف فلا يكون موردا للسيره و هكذا و هكذا و من هنا لا يمكن إجراء أصاله الصحه و تصحيح عقد الوكاله بها إذا شك فى كون البائع وكيلا- من قبل المالك أو فضوليا فى بيعه، هذا إذ لم يحرز انه مالك للتصرف حتى يحمل فعله على الصحه و بكونه بعنوان الوكاله و من هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۴

القبيل الشك فى البلوغ و هكذا كل ما كان من هذا القبيل، و الوجه هى كلمه واحده و هو كون الدليل على أصاله الصحه هى السيره فهى لبيّه فيؤخذ بالمقدار المتيقن فلا يشمل الموارد المشكوكه فالمورد المتيقن لها هو ما ذكرناه.

لا- يقال انه إذا اعتبر فى جريان أصاله الصحه مالكيه المتصرف على التصرف فبماذا تحملون على الصحه فما إذا تردد البيع الصادر من البائع بين كونه بيعا صحيحا أو بيعا ربويا مع عدم كونه مالكا على إيجاد البيع الربوى.

فإنه يقال انه يكفى فى ذلك مالكيته على الطرف الذى تحمل فعله عليه بأصاله الصحه فلا يلزم كونه مالكا على جميع أطراف المحتملات كما لا يخفى فيكفى فى المثال المذكور كونه مالكا على إيجاد البيع الصحيح فيحمل عليه مع التردد بينه و بين البيع الفاسد هذا كله فيما إذا لم يكن المال فى يد المتصرف، و اما إذا كان ذو اليد على المال و كان المال تحت يده فادعى كونه مالكا للتصرف بكونه وليّا أو مستأذنا منه مع إمكان ما ادعاه فهل يمكن حمل فعله على الصحه هنا أم لا؟

الظاهر أنه لا يمكن حمله على الصحه هنا أيضا لعدم السيره على ذلك بل لا بد و ان تؤخذ المال منه فضلا عن نفوذ تصرّفه فإنه

مع العلم بكونه غير مالك و ان ما بيده مال الصغير فمجرّد احتمال كونه مالكا على التصرف بالاستيذان أو الوكاله من وليه أو كونه وليّا لا يجوز حمل فعله على الصحه، لعدم العلم بجريان السيره فيه، بل يكفى الشك فى عدم الجريان لما عرفت من كونها دليلا لبيّا فيؤخذ القدر المتيقن منه فما لم يكن عالم بالسيره فلا يمكن حمل فعله على الصحه.

نعم، يمكن الحمل فعله على الصحه لو كان ظاهر الحال تقتضى مالكيته و اعترف بعدم كونه مالكا، بل وكيلا من قبله أو مأذون منه بحيث لولا الاعتراف لعومل معه معامله المالك كما إذا أردنا أن نشترى شيئا من البقال فقلنا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۵

أعطه بسر كذا، فقال انه مال الغير أو مال اليتيم لا اعطى إلا بثمن كذا، فليس لنا ان نأخذه و نقول فقد اعترفت بكونه مال الغير فاثبت وكالتك عنه، بل يصدق قوله فيحمل معاملاته على الصحه إذ السيره قائمه على ذلك فى أمثاله فلم يتوقف أحد فى المعامله عليه.

و بالجمله فموارد الاطمئنانات الشخصيه خارجه عما ذكرناه من عدم حمل فعل الغير على الصحه، إذ يحمل فيها فعل الغير على الصحه، و اما لو علمنا انه استولى على مال الغير فلا ندرى انه وكيل فى التصرف أو لا فيدعى الوكاله و يتصرف فيه، فلا يكون تصرفه هذا نافذا فلا يمكن ترتيب الأثر عليه.

ثم من قبيل ما ذكرناه من اشتراط حمل فعل المسلم على الصحه بكونه مالكا على التصرف ترتيب الأثر بقول الحكام الشرعيه، أو مدعى التوليه على وقف و نحوه، فإنه إذا شككنا فى عدم مالكيته على التصرف من جهه الشك فى اجتهاده أو عدالته أو فى الجهات

الأخرى فلا يجوز أن يحمل فعله على الصحه لعدم شمول السيره عليه.

نعم، لو أحرزنا مالكيته على التصرف و شككنا فى الشرائط الأخرى، فأصاله الصحه فى فعله و قوله و حكمه جاريه بلا اشكال، فافهم.

قوله: ثم انه هل يشترط فى ولايه غير الأب و الجد ملاحظه الغبطه لليتيم أم لا؟

أقول: المشهور اعتبار المصلحه فى التصرّف فى مال اليتيم، بل عن بعضهم الإجماع على ذلك بل عن التذكره فى باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين و استدل عليه المصنف بقوله تعالى وَ لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ و ذكر حيث ان توضيح الآيه لم يذكر على ما ينبغى فى كلام أحد من المعترضين لبيان آيات الاحكام، فلا بأس بتوضيح ذلك فى هذا المقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۶

و محصل كلامه ان القرب فى الآيه يحتمل معانى أربعه:- الأول: مطلق التقليب و التقلب و لو من مكان الى مكان فلا يشمل ما ليس فيه تقليب كابقائه عند أحد أو على حاله.

و الثانى: وضع اليد عليه بعد كونه بعيدا عنه فيكون النهى نهيا عن ذلك، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع.

الثالث: ما يعد فى العرف تصرفا كالاقتراض و البيع و الإجاره و شبهها.

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك فالمعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا أو تركا الّا ما كان أحسن من غيره.

و أما لفظ الأحسن فى الآيه يحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد منه الحسن نظير قوله تعالى أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلی بِبَعْضٍ و على الأول فيمكن أن يؤخذ التفضيل المطلق أى لا يجوز التصرف فى مال اليتيم الّا بوجه يكون أصلح من غيره من التصرفات، أو يكون المراد به الأفضليه على الترك أى قربا يكون

أحسن تركه و على الثانى فيمكن أن يراد بالأحسن ما يكون فيه صلاح فلا يجوز التصرف إذا لم يكن فيه صلاح و يمكن أن يراد به ما لا مفسده فيه، و ان لم يكن فيه صلاح أيضا ثم اختار من احتمالات القرب الاحتمال الثالث و من احتمالات الأحسن الاحتمال الأول أى ما يكون بمعنى التفضيل المطلق، و عليه فإذا كان بيع مال الصغير أصلح، فبعناه بعشره دراهم، ثم فرضنا أنه لا يتفاوت إبقاء الدراهم لليتيم أو تبديله بالدينار فأراد الولى أن يجعله دينارا، فلا يجوز بعد كونه أصلح من تركه، بل هما سيان و أن كان يجوز ذلك من الأول إذا كانت المصلحه فى الابتداء فى تبديل المال بالنقد من غير فرق فى تبديله بالدينار أو الدراهم و أما لو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۷

جعلنا الحسن بمعنى لا مفسده فيه فيجوز ذلك كما يجوز لو أخذ بالاحتمال الرابع للقرب إذ كما ان الولى مخيّر فى الأول بين جعله دينارا أو درهما فكذلك له التخيير بقاء إذ ليس لأحد الفردين مزيه على الأخر لا فى الابتداء و لا فى الاستدامه فيكون القدر المشترك بينهما هو الحسن فيكون مخيّرا ابتداء و استدامه.

ثم قال ان الانصاف هو أن مرجوحيه المعنى الرابع فى نظر العرف ثم استظهر من بعض الروايات ان المناط فى جواز التصرّف فى مال اليتيم هو عدم الضرر عليه كما ان المناط فى الحرمه وجود الضرر عليه.

و الذى ينبغى ان يقال ان شيئا من المعانى الأربعه لا يرتبط بالقرب اما الاحتمال الثالث فلأن مثل البيع و الاقتراض و الإجاره و نحوها مما يعد فى العرف تصرفا ليس قربا فإنه هو الإتيان و ليس فى

أمثـال ذلـك قرب و إتيـان بوجه و امـا المعنى الرابع فهو ليس بتمـام فى نفسه، بل يعـد جعله من معانى القرب من العجائب إذ لا يصدق القرب على الترك و على الاعدام فهل يقال لمن ترك شيئا انه قرب منه.

و أما المعنى الثانى فلا وجه له أيضا إذ لا وجه لتخصـيص القرب بالابتداء و عدم شـموله للاستدامه فإنه تخصيص بلا مخصص و كـك لاـ وجه للرابع و تخصـيصه بـالتقليب و التقلب و عـدم شـموله لاـ بقائه فى حاله أو عنـد احـد مع انه يمكن أن يكون نفس الإبقاء عند أحد استيلاء عليه، بل معنى القرب هو الإتيان إلى الشى ء خارجا و الاستيلاء فتاره ينسب إلى الأفعال كقوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا الْفَوٰاحِشَ و الأـخرى إلى الأعيان كقوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مٰالَ الْيَتِيمِ فالمعنى هنا و اللّه العالم انه لا يجوز الاستيلاء على مال اليتيم و تملكه الّا بوجه يكون حسنا و مصلحه و عليه فيكون النهى متمحضا للتكليفى لعدم ارتباط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۸

الآيه بالمعاملات بوجه ليكون النهى إرشادا إلى الفساد كما ذكرنا مرارا من كون النهى فى باب المعاملات إرشاد إلى الفساد.

و بالجمله ان الآيه خارجه عن المعاملات و ليست لها تماس بها لكى يباحث فى فسادها و عـدمها، بل هى مسوقه للنهى عن أكل ماله و الاستيلاء عليه فهى نظير على اليد ما أخذت حتى تؤدّى.

ثم انه لا يفرق فى ذلك بين كون الاستيلاء حدوثا أو بقاء فلو كان مال زيد الصغير وديعه عند عمرو فالى سنه أحرزه، ثم استولى عليه و تملكه و تصرف فيه تصرفا الملاك فتشمله الآيه أيضا إذا النهى منحل إلى نواهى عديده على نحو

العموم الاستغراقى.

ثم اختلف فى ان المراد بالتى أى شـى ء فقيل انها كنايه عن النيه أى لا تقربوا مال اليتيم إلّا بنيه حسن، فيكون الباء صـله زائده. و قيـل ان المراد منهـا الكيفيه أى لاـ تقربوا مـال اليتيم إلّا بكيفيه حسن و ذكرنا سابقا ان المراد منها الطريقه و يكون الباء للسـببيه و ليس هو وصـفا للقرب كما توهم و الا كان الصـحيح ان يقال إلّا بالذى هو أحسن، ثم لا شـغل لنا فى انه أى شـى ء أريد منها أو من الأحسن بعد مما علمت خروج الآيه عن باب المعاملات و كونها ناهيه عن أكل مال اليتيم و الاستيلاء عليه بأى نحو من أنحاء التصـرفات كمـا انه لا شـغل لنا للبحث فى أنه أى طريق ليجوز التصـرف فى مال اليتيم على هـذا الوجه بعـد ما عرفت انه لا ولايه لأحد على الصغير و التصرف فى ماله من الفقيه و الحاكم الشرع فضلا عن عدول المؤمنين و كيف بفساقهم حتى التصرفات التى كانت على مصـلحه الصـغير فضلا عما لا مصلحه فيه أو فيه، مفسده لماله إلا فى مورد خاص فهو صوره موت الشخص فأريد بيع ماله فدلّت الروايه على قيام العدل بذلك و بيعه من قبلهم و انما التصرف يجوز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۷۹

فى مـاله حسـبه و ان نظر الشـارع تعلق بحفظه و حفظ ماله من كل أحـد فإذا شوهـد ان داره تخرب أو ماله يتلف أو هو نفسه فى معرف التلف فيجب لكل أحد على مراتبهم حسـبه يحفظوا ماله و نفسه و اما فى غير تلك الموارد فلا يجوز لأحد ان يتصـرّف و لو كان على مصلحه الصغير فكيف ما إذا لم يكن

فیه صلاح، فافهم.

قوله: نعم ربما یظهر من بعض الروایات ان مناط حرمه التصرف هو الضرر.

أقول: قد عرفت عدم دلاله الآیه علی الولایه فضلا عن اعتبار المصلحه فی تصرفهم بل لا بد من العمل بمقتضی الأصل حیث علمنا جواز التصرف فی مال الیتیم فی بعض الموارد حسبه کما إذا کان فی شرف الخراب فإنه یجوز بل یجب البیع و تبدیله بالأحسن و اما بیع ماله ابتداء و لو کان أصلح فلا یجوز للفقیه فکیف بغیره إلا فی موارد القسمه قد ورد النص بقیام العدل علیها و علی هذا فلا بدّ من الاقتصار بالقدر المتیقن من التصرف فهو صوره اختیار الأصلح فلو کان هنا مشتریان فیشتری أحدهما بخمسین و الأخر بمائه فلا یجوز بیعه بخمسین إلّا إذا کان فی بیعه بمائه ما یوجب التشویش و الاضطراب لکون المشتری شخصا متقلبا بجعل الخیانه فی معاملاته.

و ربما قیل ان المناط عدم الضرر فقط و ان لم یکن فیه نفع لروایتین:- إحداهما: روایه الکاهلی عن الدخول علی الیتامی فقال علیه السلام ان کان فی دخولهم علیهم منفعه لهم فلا بأس، و ان کان فیه ضرر فلا، و استظهر منها المصنف ان المراد من منفعه الدخول ما یوازی عوض ما یتصرّفون من مال الیتیم عند دخولهم فیکون المراد بالضرر فی الذیل ان لا یصل الی الأیتام ما یوازی ذلک فلا تنافی بین الصدر و الذیل.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۸۰

و زعم بعضهم ان الروایه إنما تعرضت لحکم صورتین إحداهما صوره وجود المنفعه للیتامی و الثانیه صوره الضرر منهم، و اما الصوره التی یوازی النفع مع الضرر بحیث لم یبق فی البین لا نفع و لا ضرر فسکوت عنها و قوله

عليه السلام فى الذيل ان فيه ضرر عليه فلا يجوز بيان لأحد شقى المفهوم لكونه أغلب فتكون الروايه أجنبيه عن اعتبار عدم الضرر فقط فى تصرفات الولى و لكن الظاهر ان ما فهم المصنف من الروايه هو الوجيه و ذلك من جهه ان طبع الدخول على اليتامى لا يخلو عن الضرر لكونه مستلزما لاستخدام دارهم و الأكل من طعامهم و الجلوس على بساطهم الى غير ذلك من التصرفات التى لا شبهه فى كونها فى نفسها ضررا عليهم فدخولهم على اليتيم بحسب الطبع ضرر عليهم و على هذا فنظر الامام عليه السلام من التجويز فيما إذا كان دخولهم عليهم منفعه ملاحظه المواراه بين ما يصل إليهم من الداخلين و بين ما يقع عليهم من الضرر فيحكم بالجواز مع وجود النفع لهم و بعدمه مع كونه ضررا عليهم و عليه فلا يكون فى البين شق ثالث.

و لكن الظاهر ان الروايه خارجه عما نحن فيه إذ هى ليست متعرضه لجواز بيع مال الصغير و التصرف فيه و ان كان أصلح لهم، بل قلنا لا يجوز التصرف الا بالمقدار المتيقن الذى تقتضه الحسبه إلا فى مورد القسمه، بل هى معترضه لبيان جواز الدخول عليهم و الأكل من أموالهم إذا لم يكن فيه ضرر بأن يصل منهم إليهم فى مقابل ما ورد عليهم من الضرر و لو كان النفع امرا اعتباريا كدخول الشخص التشخص عليهم بحيث يوجب ذلك عدم جرئه الناس عليهم، بل هذا المقدار الذى تعرض له الروايه أمر وجدانى، بل مما يحكم به العقلاء إذ لو لم يدخل عليهم أحد و لم يصل الى أمورهم لملاحظه الأصلح فالاصلح لم تحفظ كيانهم و وقعوا فى معرض التلف

(المکاسب)، ج ۵، ص: ۸۱

الثانیه: روایه ابن مغیره قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام انّ لی ابنه أخ یتمه فربما اهدی لها الشی ء فأکل منه ثم أطعمها بعد ذلک الشی ء من مالی فأقول یا رب هذا بهذا قال لا- بأس فقد ظهر جوابها من الروایه الأولی أیضا، فإن غرض الامام علیه السلام ملاحظه مصلحه الیتیم فی الدخول علیه و الأکل مما اهدی إلیهم فإن المهدی إلیهم عاده یکون أکثر مما یکفیهم من الغذاء فالزائد عنه یکون فاسدا و اما إذا ورد علیهم شخص آخر و أکل ذلک فأعطی إیاهم مالا آخر فی بدله فیکون أصلح لهم بلا شبهه فهی خارجه عن حدود المعاملات، کما لا یخفی.

و بالجمله مورد الروایتین غیر المعاملات من الأمور التی قد حکم العقلاء علی جوازه و رضی به الوجدان کما هو واضح، هذا تمام الکلام فی الولایه.

الکلام فی بیع العبد المسلم علی الکافر

اشاره

قوله: مسأله: یشرط فمن ینتقل الیه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان یکون مسلما.

أقول: من جمله شرائط المتعاقدین أن یکون المشتری مسلما إذا کان المبیع عبد مسلما فلا یجوز نقل العبد المسلم الی الکافر و هذا الحکم لا- یختص بالبیع، بل یجری فی جمیع ما یوجب تملک الکافر المسلم و لو کان بغیر البیع إذ الغرض عدم تملک الکافر علی المسلم بناء علی عدم جوازه لا حرمه البیع منهم و استدل علی ذلک بوجوه:- الأول: التسالم بین الفقهاء علی عدم الجواز و دعوی الإجماع علیه، فعهدته علی مدعیه فیکون ذلک حجه لمن یطمئن به.

الثانی: الروایات الوارده فی عدم استقرار ملک الکافر علی المسلم و

استدامته بأنه لو ملکه قهرا بارث بان کان العبد المسلم تحت ید الکافر فأجبر

على البيع فمات و انتقل الى وارثه فبيع على الوارث فيعطى ثمنه منهم لا ان العبد المسلم كان للكافر من غير أن يجبر بالبيع فمات و انتقل الى الوارث و الاخبار الوارده فى إسلام العبد الكافر فى ملك سيده فإنه بيع عليه أو كانا مسلمين فارتد المولى و كفر فإنه بيع العبد عليه و هكذا فيستفاد منها عدم استدامه ملك الكافر على المسلم و انه لا يستقر بقاء فيدل على عدم الملك حدوثا أيضا إذ لا يفرق فيه بين حدوث و البقاء فإذا لم يرض الشارع بذلك بقاء لم يرض به حدوثا أيضا و نزلوا ذلك بمنزله استفاده حرمه تنجيس المسجد من الأمر بالإزاله إذ لو لم تكن التنجيس محرّما لم يكن وجه لوجوب الإزاله و أيضا نظير ذلك ما إذا أمر بإخراج أحد من الدار، فإنه يستفاد منه حرمه إدخاله الدار فان غرض المولى عدم وجوده فيها و كونه مبغوضا له لا مجرّد إخراجه و إدخاله ثانيا.

و فيه ما أجاب به المصنف

ان الأمر بإزاله ملك الكافر عن المسلم بقاء حكم تكليفى بحيث يحرم إبقائه فى ملكه و يجب إخراجه عنه فلا يدل على عدم ملكه ابتداء الذى هو من الأحكام الوضعيه نعم يدل على عدم كون ملكه مستقرا حدوثا كما دلّ على ذلك بقاء.

و بعباره أخرى لا دلاله فيها على أزيد مما تدل على حكم البقاء فهى تدل على وجوب ازاله ملك الكافر عن العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفا فيدل على حرمه تملك الكافر العبد المسلم أيضا تكليفا، و اما انه لا يملك بالشراء أو بالصلح أو بالهبه فلا يستفاد منها.

نعم، لو دلت تلك الروايات على انعتاق العبد المسلم فى ملك الكافر بقاء

لدلت على عدم ملكه له حدوثا أيضا و ليس الأمر كك و انما هى متعرضه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸۳

لجهه الحكم التكليفى فقط من جهه البقاء كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عن النص الوارد فى عبد كافر أسلم فقال أمير المؤمنين عليه السلام اذهبوا فبيعوا من المسلمين و ادفعوا ثمنه الى صاحبه و لا تقروه عنده.

و وجه الظهور ان التخصيص بالمسلمين انما هو من جهه ان الداعى على الأمر بالبيع هى إزاله ملك الكافر و النهى عن إبقائه عنده فلا يحصل ذلك الغرض بنقله الى كافر آخر فلا يدل ذلك على فساد بيعه من الكافر ابتداء و عدم صحته و ان الكافر لا يملكه من الأول.

و لا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان أمر الأمير المؤمنين عليه السلام بالبيع من المسلم و نهيه عن الاستقرار عند الكافر يدل بالملازمه العقليه على عدم تملك الكافر العبد المسلم ملكا مستقرا فهى نظير ما لو قيل أزل النجاسه عن المسجد فكما يفهم منه حرمه إدخال النجس فيه كذلك يستفاد من عدم استقرار ملك الكافر على المسلم عدم حدوث ملكه عليه كذلك.

لما عرفت من عدم الملازمه بينهما بوجه فما افاده المصنف متين جدا و بعد بيانه على الذى فى المتن لا يبقى مجال لما ذكره شيخنا الأستاذ بل لا نفهم معنى كلامه.

و الحاصل: انه استدل على عدم تملک الكافر للمسلم بوجوه:-

منها: التسالم

فهو راجع الى وجدان كل أحد فمن يطمئن به فيصدقه

و منها: الأخبار الوارده فى موارد عديده

الداله على وجوب بيع العبد المسلم على الكافر.

و فيه انها تدل على وجوب إزاله العلقه المالكيه للكافر من العبد المسلم بقاء وجوبا تكليفيا فلا يدل على عدم صحه التملك حدوثا وضعا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸۴

نعم، لو كانت داله على انعتاقه عليه بقاء فى تلك الموارد لدلت على عدم حدوث الملكيه حدوثا أيضا للملازمه العرفيه بينهما و

ليس كك.

و منها: ما عن الأمير عليه السلام و لا تقرّوه عنده فبيعوه من مسلم.

و فيه أولا ما تقدم من انها تدلّ على حرمه إبقاء العبد المسلم فى ملك الكافر تكليفا فلا يدل على عدم التملك حدوثا وضعا بل تكليفا فتقييده عليه السلام بالبيع من مسلم من جهه عدم حصول الغرض و هو ازاله ملك الكافر عن المسلم بالبيع من غيره فالنهى عن التقرر عنده نهى تكليفى محض.

و ثانيا: ان الأمر بالبيع و الناهى عن إبقائه عند الكافر هو الأمير عليه السلام و لا شبهه بيعه من الكافر حرام فهو عليه السلام لا يأمر بالحرام.

و بالجمله الروايه أجنبيه عن تملك الكافر العبد المسلم ابتداء.

و منها الآيه المباركه لَنْ يَجْعَلَ اللّٰهُ لِلْكٰافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا بدعوى ان تملك الكافر المسلم بالبيع أو بغيره سبيل عليه فهى منفى بالايه المباركه.

قال المصنف: ان باب المناقشه فيها واسع

ثم أشكل عليها بوجوه و قبل جميع المناقشات ان السبيل عباره عن السلطه الخارجيه فالملكيه من الأمور الاعتباريه فلا يصدق عليها السبيل.

الثانى: ما أورده المصنف أولا أن الآيه لا دلاله فيها بنفسها و لو بقرينه السياق على المطلوب إذ مقتضى النفى بلن التابيديّه هو نفى السبيل من الكافر الى المسلم فى آن من الآنات فهذا المعنى غير قابل للتخصيص بوجه فيعلم من ذلك ان المراد منه ليس نفى السبيل تكوينا بداهه ثبوته للكافر على المسلم فى

جمیع الأزمنه أو فی أکثرها لکون المؤمن فی ذلّ و مشقه دائما و لا ان المراد نفی التملک ثبوت ملکیته علیه کثیرا کما

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۸۵

إذا کان عنده عبد مسلم فلم یلتفت الیه المسلمون لیبیعوه فمات و انتقل الی وارثه أو أرادوا بیعه فمات أو لم یقدروا علی بیعه فمات و انتقل الی وارثه فان فی جمیع هذه الصور تملک الکافر للمسلم، بل تسالم الفقهاء علی جواز بیع المسلم من الکافر إذا کان ممن ینعتق علیه فیتجلی من ذلک کلّه ان الآیه أجنبیه عن هذه الأمور و الّا لزم القول بالتخصیص فقد قلنا ان الآیه آبیه عن التخصیص.

اذن فلا بدّ و ان یراد من الآیه معنی لا یقبل التخصیص و لو بقرینه ما قبلها و هو قوله تعالی فَاللّٰهُ یَحْکُمُ بَیْنَهُمْ و من الواضح ان الحکومه الإلهیه بین العباد مختصّ بالأخره فتکون الآیه راجعه إلیها إذ فیها لیس للکافر علی المسلم سبیل بوجه فان اللّٰه یحکم بینهم دون غیره، فلا ظلم فی حکمه تعالی.

و بالجمله مقتضی ظهور نفس الآیه و مقتضی سیاقها و صدرها اختصاصها بالأخره فلا یشمل السبیل الدنیوی فضلا عن شموله علی التملک.

هذا حاصل ما ذکره المصنف مع التوضیح و الإضافه منا فلا مناص عنها بوجه.

ثم ناقش ثانیا بأنه لو أغمضنا النظر عما ذکرناه و قلنا بشمولها بالسبیل الدنیوی و تملک الکافر المسلم فلا یساعده ما ورد فی تفسیرها من اراده الحجه عن السبیل و ان الإسلام لعلو شأنه و رفعه مقامه و مکانه حقانیته و وضوح حججه و بیناته یعلو علی کل الأدیان و لا یعلو علیه دین و مذهب، فالمراد من الآیه هو نفی تفوق حجه الکافر

على حجه الإسلام كما خاطب النبى الأكرم (ص) أهل الجاهليه مرارا هل لكم من سلطان و بينه و حجه و قد نطق بذلك القرآن المجيد فى موارد عديده و الروايات المتكثره و ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸۶

الكافرين كلما طالبوه عن النبى (ص) من البينات فأتاه و لكنهم عجزوا عن مقاومته بالحجج و البينات و قد ورد فى تفسيره ان قوما زعم بذلك عدم قتل الحسين عليه السلام، بل رفعه اللّه فألزمهم الإمام عليه السلام بأنه و قد قتل من هو أشرف منه أعنى على و ابنه الحسن (ع) و بأنه لو كان الأمر كك، فلم قتل الأنبياء كما حكاه اللّه تعالى فى كتابه، بل المراد انه ليس للكفار حجه على المسلمين فإنهم يغلبون عليهم فى كل حجه و الّا فالسيره العمليه جرت على أن المسلمين من المظلومين و المقهورين من زمن آدم الى هذا الزمان، إذ أوّل من تصدى الى ذلك ابن آدم قابل حيث قتل هابل، فجرى الحسد و العداوه بين الناس، بل فى بعض الاخبار: ما منّا الّا مسموم أو مقتول. فيعلم من جميع ذلك و ممّا ورد فى تفسير الآيه من العيون المشار إليه ان المراد من الآيه نفى الحجه فى الدنيا و الّا فمن جهه غير الحجه فالكفار لهم سبيل على المؤمنين بلا ريب ثم قال المصنف و تعميم الحجه على معنى يشمل الملكيه و تعميم الجعل على وجه يشمل الاحتجاج و الاستيلاء لا يخلو عن تكلّف.

و فيه انه يمكن المناقشه فى هذا الوجه من جهه ان الحجه و ان لم تشمل الملكيه الّا ان تفسير الآيه بها لا يوجب اختصاصها بها بل من الممكن ان يراد من

السبیل معنی جامع و مفهوم عام یشمل الحجه و غیرها و یکون التفسیر بالحجه من باب بیان المصداق و علیه فیشمل السبیل الملکیه أیضا مع قطع النظر عن عدم شموله لها فی نفسها.

و بالجمله لو أمکن شمول السبیل علی الملکیه فتفسیر الامام علیه السلام الآیه بالحجه لا یوجب عدم شمولها للملکیه، بل یمکن شمولها لو أرید من السبیل معنی جامع و قد ورد فی هذا المعنی و ان تفسیر آیه بفرد لیس

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۸۷

تخصیصها لها به، بل من باب تطبیق الکلی علی الفرد اخبار ذکرها فی کتاب سمی مقدمه البرهان و فیها ان القرآن یجری کما تجری الشمسی و القمر فلو أن آیه نزلت علی قوم فلا یختص به و الّا نفد القرآن بزوال القوم، بل من باب التطبیق.

و علیه فلو طبق الجبت و الطاغوت بالشیخین فلیس معناه انه لا یمکن اراده غیرهما منها و من هذا تنحل شبهات کثیره فی ذلک الباب و قد ذکرنا تفصیل ذلک فی بحث التفسیر.

ثم ناقش الشیخ فی الآیه ثالثا بعد الغض عن المذکورات من جهه تعارض عموم الآیه مع عموم ما دلّ علی صحه البیع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أکل المال بالتجاره و تسلط الناس علی أموالهم و حکومه الآیه علیها غیر معلومه.

و فیه انه لا- یفهم ما یرید من هذه المناقشه إذ لو قلنا بتقدم عموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ علی الآیه المذکوره کما هو الظاهر إذ عمومه بالوضع لوضع الجمع المحلی للعموم فیها فیشمل مورد النزاع فیحکم بصحه بیع عبد المسلم من الکافر، و الّا فالتعارض بینهما بالعموم من وجه، ففی مورد الاجتماع یحکم بالتساقط و تکون أصاله الفساد محکمه فلا

يكون وجه للصحه، ح بل تكون النتيجه نتيجه التمسک بعموم نفی السبيل كما هو واضح.

ثم قال مضافا الى ان استصحاب الصحه فی بعض المقامات يقتضی الصحه إذا كان الكافر مسبوقا بالإسلام أو كان العبد مسبوقا بالكفر، فان فيها نستصحب صحه البيع الثابت قبل الكفر، و فی غير هذه الموارد نحكم بالصحه لعدم القول بالفصل و لا تعارضه أصاله الفساد فی سائر الموارد لحكومه، استصحاب الصحه عليها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸۸

و فيه ان كلامه هذا من أوله الى آخره غير صحيح إذ الاستصحاب هنا تعليقی لا نقوله به لعدم ثبوت الحكم المنجز هنا لنستصحبه، بل الثابت قبل الكفر أنه لو باع لصح فاستصحابه الاحكام فلا نقول به.

و ثالثا: ان الكافر و المسلم فی نظر العرف موضوعان متباينان، فإذا كفر المولی أو أسلم العبد فلا وجه لاستصحاب حكم ما قبل الكفر و الإسلام لتبدل الموضوع فی نظر العرف.

و مع الغض عن جميع ذلک، فلا وجه لعدم القول بالفصل فی الأحكام الظاهريه و انما هو فی الأحكام الواقعيه، و اما الأحكام الظاهريه فالتفكيک فيها من الكثره بمكان و الّا يلزم اسراء الحكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس باطل مثلا لو كان هناک ماء ان كلاهما بمقدار معين، فكانت الحاله السابقه فی إحداهما الكريّه و فی الأخر القله فاستصحاب كل من الحالتين يغاير استصحاب الحاله الأخرى لكون كل منهما تابعا على شک و يقين، فليس لأحد ان يجرى الاستصحاب فی أحدهما و يحكم بثبوت الحكم فی الأخر بالملازمه بينهما، لكونه اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر فهو قياس و هكذا لو توضأ بأحد، أطراف العلم الإجمالی غفله فيحكم ببقاء الحدث و طهاره البدن الى

غير ذلك من الموارد و من هنا قلنا بانّ سلمان لو استصحبت حكما من أحكام الشرائع السابقه لا يثبت ذلك فى حقنا بالاشتراك فى التكليف فان الاستصحاب تابع للشك و اليقين من كل أحد فشك السلمان و يقينه غير الشك و اليقين الموجود فينا.

و بالجمله مورد عدم القول بالفصل فى الأحكام الواقعيه لوجود الملازمه بينها دون الأحكام الظاهريه لعدم وجود الملازمه بينها كما عرفت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۸۹

على انه مع الغض عن جميع ذلك و تماميه عدم القول بالفصل فلا وجه لمعارضه أصاله الفساد فى مورد آخر فهو ببيع العبد المسلم ابتداء من الكافر مع أصاله الصحه فى الموردين المذكورين الذين جرى فيها الاستصحاب، نعم جريانها فى مورد واحد و معارضتها فيه تقديم أصاله الصحه على أصاله الفساد للحكومه لا ريب فيه، و لكنه غير تعارضها إذا جريا فى موردين، بل يعمل بكل منهما فى مورده من غير تعارض و تمانع أصلا.

و الحاصل: أن حاصل كلام المصنف هو لو كان العبد و المولى كافرين فأسلم العبد أو كان المشترى مسلما فكفر فإنه فى هذه الموارد يجرى استصحاب صحه البيع الثابت قبل الكفر و الإسلام و فى غيره هذه الموارد يتم المطلب بعدم القول بالفصل و على تقدير عدم جريان عدم القول بالفصل فأصاله الصحه فى هذين الموردين يعارض بأصاله الفساد فى سائر الموارد، كما إذا لم يعلم الحاله السابقه فإن مقتضى أصاله الفساد اعنى عدم انتقال مال أحد إلى شخص آخر جاريه فيها فيقع المعارضه بينهما فتقدم أصاله الصحه على أصاله الفساد للحكومه.

و يرد عليه أولا: ان الاستصحاب هنا تعليقى، فلا نقول بجريانه فلا نقول بحجيته فى الأحكام التعليقيه، و مع الغض عنه

فلا- يجرى فى الشبهات الحكميه و مع الغض أيضا فالموضوع هنا متبدل حيث ان موضوع الجواز فى أحدهما الكفر و الأخر الإسلام قد تبدل كل منهما إلى الأخر فهما فى نظر العرف من المتباينين فيكون الاستصحاب اسراء حكم من موضوع الى موضوع آخر.

و ثانيا: ان عدم القول بالفصل بناء على اعتباره و حجيته انما يتم فى الأحكام الواقعيه أى الأحكام الثابته بالأمارات مع القطع بالملازمه بينهما و اما الأحكام الظاهريه أى الأحكام الثابته بالأصول سواء كانت محرزه أو غير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۰

محرزه فلا يجرى فيها و لذا يحكم فى مقدار خاص من الماء تاره بالقله إذا كان مسبوقا بها، و اخرى بالكثره إذا كان مسبوقا بها، و يحكم فى مكان خاص بوجوب القصر تاره و بوجوب الإتمام أخرى لاختلاف الحاله السابقه الى غير ذلك من الموارد الكثيره التى وقع التفكيك فيها فى الأحكام الظاهريه.

و الوجه فى ذلك: ان جريان الاستصحاب تابع لوجود اليقين و الشك فأينما وجدا نحكم بجريانه و الّا فلا، سواء توافق مفادهما أم تخالفا، كما لا يخفى.

و ثالثا: ان أصاله الصحه انما تعارض أصاله الفساد فى العقود متقدم للحكومه إذا كانا واردين على مورد واحد كما إذا شك فى ان عقد الفلانى صحيح أو فاسد، فمقتضى عدم انتقال مال كل من المتعاملين إلى الأخر هو الفساد و مقتضى أصاله الصحه هو الصحه فتكون مقدمه على أصاله الفساد لحكومتها عليها إذ لو لم تتقدم لكانت ملغاه إذ ما من مورد من موارد أصاله الصحه إلّا فأصاله الفساد فيه موجوده فلو كانت حاكمه على أصاله الصحه لم تكن فائده فى جعل أصاله الصحه.

و أما فى الموردين، بان كان الجارى فى

مورد هى أصاله الصحه، كالمثالين المتقدمين، و فى مورد آخر هى أصاله الفساد فلا تكونان من المتعارضين فضلا عن تقدم أصاله الصحه على الأخر للحكومه.

و بالجمله لا- دليل على عدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر، نعم لو تم هنا إجماع أخذ به و الّا فنحكم بالجواز، و اما قوله (ص): الإسلام يعلوا و لا يعلى عليه، شى ء فمضافا الى ضعف السند فيه ان المراد منه علو نفس الإسلام لوضوح محجه و براهينه و بيّناته ليتم للّه الحجه البالغه و يهلك من هلك عن بينه و يحيى من حى عن بينه و لا يكون للناس حجه بعد الرسل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۱

لا علو المسلمين على الكفار بداهه مشاهده علو الكفار على المسلمين كثيرا بل المسلمون مظلومون فى كل دوره و كوره كما أشرنا إليه قبيل هذا.

ثم لو بنينا على عدم الجواز فهل يختصّ الحكم بالبيع فقط أو يجرى فى غيره كمطلق تمليك المنفعه أو تمليك عينه بالصلح أو كان العبد مورد الحق الكافر كالارتهان أو كان تمليكا للمنفعه كالإجاره أو اباحه لها كالعاريه أو مجرّد استيمان كالوديعه فهل يختص الحكم بالعبد أو يجرى فى غيره أيضا فإن كان المدرك للحكم هو الإجماع فالمتيقن منه هو البيع فلا يجرى فى غيره تمليكه إياه بالصلح أو بالهبه أو تمليك منفعه بالإجاره أو العاريه أو جعله عنده وديعه أو رهنا.

و ان قلنا بان المدرك لذلك هو الآيه المتقدمه و قلنا بشمولها لمطلق السلطه و لو كانت بالاستخدام أو الاستيجار فيشمل ح جميع موارد السلطه و الاستيلاء عليه.

و على هذا فنقول اما الوديعه فلا شبهه فى جواز وديعه العبد المسلم عنده أو إجاره الكافر لحفظه إذ

ليس الغرض منها الّا الحفظ من دون تسلط للكافر عليه بوجه ليكون استيلاء محرما و أما الإجاره فلا بدّ و ان يفصل فيها فإنها كانت بحيث تقتضى استيلاء الكافر على المسلم فلا يجوز كالإجاره المطلقه المتعلقه بجميع منافع الحر و العبد و مجرّد ان الحر ليس قابلا للتملك و الغصبيه لا يقتضى سلب سلطه الكافر إذ لو ملك الكافر عمل المسلم بحيث لم يكن له ان يملك غيره فهذا سبيل منه عليه بلا شبهه و ارتياب.

و أما لو كانت الإجاره متعلقه بذمه المسلم كما لو آجر نفسه لان يخيط له ثوبا أو آجر عبده كذلك فان مجرّد ذلك ليس سبيل عليه، بل هى مثل الاقتراض منه فهل يتوهم أحد أنه سبيل على المسلم و الّا لما استقرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۲

الأمير (عليه السلام) من اليهود، بل ربما يكون الأجير اشخص من المستأجر كالخياط الذى استأجر نفسه لخياطه ثوب أحد من الكافرين الذى أدنى منه بمراتب أو غير ذلك من الأمور و هكذا العاريه.

و اما الارتهان فهو أيضا كك إذ مجرّد تعلق حق الكافر بالعبد المسلم لا يستلزم إثبات السبيل عليه، بل انما يستلزمه إذا كان تحت سلطته و مستوليا عليه كما هو واضح.

و بالجمله ففى كل مورد لزم من اجاره المسلم حرا كان أو عبدا من الكافر أو إعارته منه أو رهنه عنده سبيل عليه فلا يجوز و الّا يجوز، و قد ذكر ذلك أوضح من ذلك فى تقرير شيخنا الأستاد.

قوله: ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته.

أقول

يقع الكلام فى بيان الكافر،

اشاره

قال المصنف ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلات و المرتدّ.

و فيه ان

ما ذكره عجيب من حيث المدعى و الدليل اما الأول فإن المرتد كافر حقيقه إذ المراد به من لم يؤمن باللّه و برسوله و بيوم الأخر، فلا وجه لتفريع ذلك على كون المراد من الكافر من حكم بكفره.

نعم هذا يتم فى النواصب و الغلات لدخولها تحت الكافر حكما و الّا فهما من افراد المؤمن حقيقه إذ المراد من المؤمن فى القرآن من يؤمن باللّه و برسوله و بيوم الأخر فهم كك و ان كان أحدهما ناصبا لأهل البيت و الأخر غاليا فيهم.

و اما من حيث الدليل فمن جهه ان موضوع البحث هنا هو الكافر و عدم جواز بيع المسلم منه سواء كان طاهرا أو نجسا فبحث نجاسته الكافر أجنبىّ عن ذلك، بل بينهما عموم من وجه إذ قد تكون النجاسه ثابته فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۳

موضع فلا يشملهم عنوان الكافر كالنواصب فإنهم نجس بلا شبهه فقوله عليه السلام لا شى ء أنجس من الكلب و الناصب بنا أهل البيت، أنجس من الكلب و مع ذلك يجرى عليهم حكم الإسلام فى الإرث و النكاح و غيرهما من أحكام الإسلام، و ان كان شر من الكافر، نعم نجاسه الغلات ليست مسلمه، و قد يترتب حكم الكفر على مورد من غير ان تثبت فيه النجاسه كالكتابى بناء على طهارتهم لكون طهارتهم و نجاستهم مختلف فيه بين الأصحاب، و قد يجتمعان.

و بالجمله ان البحث عن حرمه بيع المسلم من الكافر و عن نجاسه الكافر و النواصب بحثان لا تماس بينهما بوجه، اذن فلا وجه لما افاده المصنف من المدعى و الدليل و ما فرع عليه من الحكم.

و اما الأطفال و المجانين منهم

فقد استشكل المصنف فى ثبوت الحكم لهم.

فنقول: بناء على عدم

جواز بيع المسلم من الكافر لا شبهه فى ساريته إلى الأطفال و المجانين منهم اما الأطفال منهم على قسمين، لأنهم اما مميزون أو غير مميزين، اما الأول: فلا إشكال فى صدق الكافر عليهم حقيقه إذ المراد من الكافر كما عرفت من ينكر الصانع و رسوله و يوم الأخر أو يكون مشركا باللّه و الطفل المميز إذا أنكر الصانع أو أشرك به و أنكر يوم القيامه فيصدق عليه انه كافر حقيقه.

و اما الثانى فان لم يصدق عليهم عنوان الكفر حقيقه الّا ان الحكم ثابت لهم جزما للقطع بعدم الفصل.

و اما المجنون فتاره يكون جنونه فى حال الكفر بان كان يهوديا أو نصرانيا أو ملحدا أو مشركا فعرض له الجنون فى تلك الحاله فهو كافر أيضا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۴

حقيقه فيقال انه يهودى أو نصرانى أو ملحد مجنون و مرتكزاته أيضا مرتكزات الكفر و الإلحاد.

و اخرى يكون جنونه من البدو و أول الأمر فهو و ان لم يصدق عليه عنوان الكافر و لكن يشمله الحكم بعدم القول بالفصل جزما بين افراد المجانين.

هذا كله من طرف المشترى، و اما من جهه المبيع أى بيع الطفل المؤمن و المجنون المؤمن من الكافر فيظهر حكمه مما ذكرناه إذ لا ينكر صدق المؤمن على بعض افراد الطفل لعرفانه المبدء و المعاد، بل ربما يكون ايمانه أكمل من أكثر البالغين و كك لا شبهه فى صدقه على المجنون فى حال الإسلام، فيتم الحكم فى غيرهما بعدم القول بالفصل جزما كما هو واضح، إذ لم يقل احد بجواز بيع بعض افرادهما و بعدم جواز بعض افرادهما الأخر ثم ان مفروض الكلام فى المجنون ما إذا كان البيع له بان كان

المتصدی للبیع غیر مستقل فی التصرف و الّا فلو کان المتصدی له ولی له و کان کافرا و مستقلا فی التصرف کیف شاء فهذا لا یجوز بلا شبهه بناء علی عدم الجواز.

و اما المخالف

اشاره

فلیس بکافر قطعا فلا یشمله حکمه فیجوز بیع العبد المسلم منهم لإقرارهم بالشهادتین ظاهرا و باطنا و اما ما دلّ علی کفرهم فلا یراد بظاهرها، فقد قلنا فی أبحاث الطهاره ان المراد من الکفر ترتب حکمه علیه فی الآخره و عدم معامله المسلم معهم فیها، بل یعاقبون کالکافر و لا یثاب بأعمالهم الخیریه الصادره منهم فی الدنیا کالصلاه و غیرها.

نعم، بناء علی عدم تزویج المؤمنه من المخالف لا یجوز بیع الأمه منهم.

و أمّا بیعهم من الکفار

اشاره

ففی هنا مقامات:

الأول: فی بیع السنی منهم

بحیث کان معتقدا باللّه و برسوله و بیوم القیامه و لکن لم یعتقد بالولایه، الظاهر أنه لا یجوز إذ المراد من نفی السبیل من الکافر علی المؤمن هو

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۹۵

نفی السبیل عمن لیس بمنکر للصانع و للرسول کما هو المقصود من المؤمن فی تمام القرآن فبیعه منهم إثبات سبیل لهم علی المؤمن و اختصاص المؤمن فی اصطلاح الیوم بالشیعه انما هو من زمان الصادقین (ع) بإراده الایمان بالولایه و ان من لا یؤمن بالولایه فلا ایمان له و نحو ذلک من المؤمن الوارد فی الروایات کقولهم: المؤمن لا یقل بالمخالف فان المراد منه هو المؤمن بالولایه قطعا الّا انه اصطلاح من زمان الصادقین علیهما السلام کما عرفت و هذا لا یوجب اراده ذلک من الایات القرآنیه مع التصریح فی القرآن بإراده غیر ذلک، حیث قال «یؤمن باللّه و برسوله».

و بالجمله انه لا یجوز بیع السنی المقر باللّه و برسوله و بالقیامه من الکافر قطعا، لکونه مؤمنا حقیقه فیلزم من بیعه منهم إثبات السبیل علیه و قد نفی ذلک بالایه.

الثانی: انه یجوز بیع المخالف الذی نعلم بکونه کافرا،

و ان أقر بالشهادتین و بالقیامه، و لکنه من الخوف و ذلک کأکثر المسلمین فی زمان الرسول (ص) حیث أقروا بالشهادتین لخوف السیف من دون ان یصدقهم قلوبهم و قد سماهم اللّه تعالی فی کتابه بالمنافق و الوجه فی ذلک هو عدم شمول الآیه لهم فإنهم لیسوا بمؤمنین إذ الإیمان عباره عن التصدیق القلبی فلیس فیهم تصدیق باللّه و برسوله و لذا قال اللّه تعالی إِذَا جَاءَکَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّکَ لَرَسُولُ اللّهِ وَ اللّهُ یَعْلَمُ إِنَّکَ لَرَسُولُهُ وَ اللّهُ یَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِینَ لَکَاذِبُونَ لعدم تصدیقهم نبوه النبی (ص) بل هم

أشد من الكفار و لذا قال اللّه تعالى إِنَّ الْمُنافِقِينَ فِی الدَّرْكِ الْأَسْفَلِ مِنَ النّارِ.

و بالجمله و ان قلنا ان المراد من الایمان فی القرآن غیر ما هو المراد

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۹۶

به فی الاخبار و فی اصطلاح و ان المؤمن فی القرآن معنی أعم و لکن مع ذلک لا یشمل المنافقین لعدم ایمانهم باللّه أصلا.

نعم، یصدق علیهم الإسلام لکونه مترتبا علی الإقرار بالشهادتین فقط و ان لم یقارن بالتصدیق القلبی فیترتب علیهم حکم الإسلام فی المعاملات، و الإرث، و الذی یوضح ذلک ان الإسلام قابل بالکفر فی القرآن فی الایات الکثیره و الایمان بالإسلام فی قوله تعالی قالَتِ الْأَعْرابُ آمَنّا قُلْ لَمْ تُؤْمِنُوا وَ لکِنْ قُولُوا أَسْلَمْنا وَ لَمّا یَدْخُلِ الْإِیمانُ فِی قُلُوبِکُمْ إذ لو کان المراد من الایمان هو الإسلام لما قابلا فی هذه الآیه الشریفه.

و قد منع المصنف عن بیع المخالف و لو کان منافقا نعلم کفره بدعوی

ان المراد من المؤمن فی آیه نفی السبیل انما هو المقر بالشهادتین و نفیه عن الاعراب الذین قالوا آمنا و لما یدخل الایمان فی قلوبکم انما کان لعدم اعتقادهم بما أقروا فالمراد بالإسلام هنا ان یسلم نفسه للّه و رسوله فی الظاهر، لا الباطن، بل قوله تعالی وَ لَمّا یَدْخُلِ الْإِیمانُ فِی قُلُوبِکُمْ دل علی ان ما جری علی ألسنتهم من الإقرار بالشهادتین کان إیمانا فی خارج القلب، و الحاصل ان الایمان و الإسلام کانا فی زمان نزول الآیه بمعنی واحد

و فیه: انه لا معنی لثبوت الایمان فی خارج القلب و إرجاع السلب فی الآیه إلی إراده عدم دخوله من الظاهر فی الباطن و ذلک لان الإیمان أمر قلبی لا معنی

لثبوته فی خارج، کما هو المقصود منه لغه الذی عباره عن التصدیق، فلیس المراد من الآیه الّا معناه اللغوی من التصدیق فلا معنی للتصـدیق فی خـارج القلب و التعبیر بعـدم الـدخول لیس من جهه أن للایمـان محلاـن. محـل فی خارج القلب و محل فی داخل القلب، بل من جهه أن محله لیس الّا القلب و ذلک نظیر قولک لما یدخل الرحم فی قلبه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۹۷

فإنه من جهه ان الرحم مورد القلب لیس الّا لا ان هنا رحم فی ظاهر القلب و رحم فی باطن القلب، و هکذا السخاوه و الشجاعه و الشـقاوه و غیرها من الصـفات و الکیفیات النفسـیه فإن التعبیر بعـدم دخولها فی القلب من جهه عـدم وجود المحل لها غیر القلب کما هو واضح، لا انها تثبت فی خارج النفس و من هنا ظهر ما فی ذیل کلامه ان الإسلام و الایمان فی القرآن بمعنی واحد إذ لو کان واحدا لم یبق وجه للمقابله بینهما.

ثم استشـهد علی مراده بروایه حمران بن أعین فقـد ظهر جوابه ممـا ذکرناه أیضا، بل هی شاهـده علی ما ذکرناه کالایه إذ التعبیر بعـدم دخول الایمـان فی القلب شاهـد علی ان مورده هو القلب و ان الایمـان لا یصـدق بـدونه و لیس مجرد الإقرار بالشـهادتین ایمان، بل هو الإسـلام محض کما هو واضـح و قـد رأیت فی بعض کلمات السـید شـرف الـدین أیـده اللّه تعالی ما لا بأس بنقله حیث أجـاب عن قول العـامه بـأن أصـحاب الرسول کلهم عـدول بـأنه لو کـان کک لزم القول بان وجود النبی (ص) کان موجبا لفسق بعضهم و نفاق الأخر، فإن اللّه تعالی أخبر فی کتابه بوجود المنافق

بینهم الـذی أسـفل درکـا من الکـافر فـإذا مـات الرسول (ص) فصـار موته سـببا لاتحادهم و عـدالتهم مع ان اللّه تعالی یقول وَ مٰا أَرْسَلْنٰاکَ إِلّٰا رَحْمَةً لِلْعٰالَمِینَ فهو کلام متین فی غایه المتانه.

خویی، سید ابو القاسم موسوی، مصباح الفقاهه (المکاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المکاسب)؛ ج ۵، ص: ۹۷

نعم لو کـان الـدلیل علی عـدم جواز البیع هو الإسـلام یعلوا و لاـ یعلی علیه، أو مـا عن الأمیر علیه السـلام اذهبوا فبیعوه (ای العبد المسلم) و لا تقروه عند لشمل المنافق أیضا.

قوله: ثم انه قد استثنی من عدم جواز تملک الکافر للعبد المسلم مواضع.

اشاره

أقول: بناء علی عدم جواز بیع المسلم من الکافر فقد استثنی منه أمور:

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۹۸

الأول: ان یکون البیع مستعقبا للانعتاق القهری واقعا

کما إذا باع المسـلم عبـدا مسـلما من الکافر و کان أبا له أو باع امه و کانت من أرحامه فإنه ینعتق هذا علیه بمجرد البیع فإنه جائز بلا شـبهه فإنه لو قلنا بعـدم الملکیه التحقیقیه، بل مجرد الفرض و التقدیر فواضح إذ لیس هنا الملکیه فضـلا عن ان یلزم هنا سبیل للکـافر علی المؤمن و ان قلنا بالملکیه التحقیقیه انا ما أیضا ککک فان تملک الکافر المسـلم لا یجوز إذا کانت للملکیه أثر و کان ترتبه علیها سبیلا علیه و لیس للملکیه آنا ما اثر لیلزم من ترتبه علیها سبیل علیه.

و قد استدل المصنف علی عدم الجواز بدعوی

ان ذلک منّه علی المسلم بان یباع من الکافر و ینعتق علیه.

و فیه انه لو تم انمـا یتم موجبه جزئیه لاـ کلیّا إذ ربما لا یلتفت الکافر بالموضوع و انه ممن ینعتق علیه أو بالحکم و ان الإنسان لا یملـک بعمـودیه فلاـ یکون هنـا منّه أصـلا و علی تقـدیر المنّه و لو موجبه جزئیه فـأیّ دلیـل دلّ علی عـدم جواز منّه الکـافر علی المؤمن و لم یرد انه لا منه للکافر علی المؤمن، فلو کانت المنّه من الکافر علی المؤمن غیر جائزه لزم عـدم جواز الاسـتقراض منه مع انه جائز بلا شبهه، بل علیه جرت السیره القطعیه إلی زمان المعصومین علیهم السلام.

الثانی: ان یکون العبد المسلم ممن ینعتق علیه ظاهرا

فهـو على قسـمين إذ قـد يكون المقر به عبـدا واقعـا و لكن لا ـ يعلم انه ممن ينعتق عليه واقعـا أولا ـ الّا أنه يجعـل ممن ينعتق عليه باعترافه بذلك فح يكون ذلك مثل القسم الأول فإن قلنا بالملكيه التحقيقيه انا ما فلا يكون مثلها موجبا لإثبات السبيل و الّا فالأمر أوضح.

و اخرى يتعرف الكافر بكون العبد

الفلانى حرا ثم أكذب نفسه فأقدم على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۹۹

بيعه فهل يحكم بصحه البيع مع عدم تسليم الحر منه بحسب اعترافه و ان كان فى الواقع عبدا و يؤخذ منه الثمن لعدم نفوذ اعترافه فى حقوق الغير أو يحكم بصحه البيع و اختار المصنف عدم الصحه بدعوى العلم الإجمالى بكونه اما صادقا فلا يصح شراء الحر و اما كاذبا فكذلك لعدم صحه شراء الكافر للمسلم فنعلم تفصيلا ببطلان الشراء ثم عقبه بالأمر بالتأمل بعد قوله الّا ان يمنع اعتبار مثل هذا العلم.

و الظاهر ان الأمر به إشاره إلى كلام صاحب الحدائق حيث فصل فى تنجز العلم الإجمالى بين ما كان فى أطرافه جامع تحقيقى يكون موضوعا للحكم و مما جعل عليه ذلك و بين ما لم يكن كذلك، بل يكون بينهما جامع انتزاعى ففى الأول يكون العلم الإجمالى منجزا كما إذا كانت النجاسه مردده بين هذا الكأس و الكأس الأخر، و كان الغصب مرددا بين هذا الثوب و الثوب الأخر.

و اما الثانى فلا يكون العلم الإجمالى منجزا، بل يكون كل من الطرفين مورد للأصل كما إذا تردد بين كون الكأس الشرقى متنجسا أو الغربى مغصوبا فإنه لم يجعل الحكم على الجامع بينهما بخلاف الأول و قد نقل المصنف كلام صاحب الحدائق فى الرسائل و جعله تفصيلا فى تنجز العلم الإجمالى ثم

قال هذا إذا لم يتولد منه علم تفصيلى و الّا فلا مناص عن التنجز و عليه فمقامنا من هذا القبيل.

و لكن أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه لا وجه للبطلان على كل تقدير فإنه على تقدير صدق الاعتراف يكون كسائر الموارد التى يجوز بيع عبد المسلم من الكافر و ينعتق عليه

فلا يكون العلم الإجمالى منجز كما لا يخفى.

الثالث: أن يأمر الكافر بالعتق

و يقول أعتق عبدك عنى فقد مرّ فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۰

المعاطاه انه لا داعى للالتزام بالملكيه هنا انا ما للجمع بين الأدله حيث انها دلّت على صحه استيفاء مال أو عمل محترم بأمر معاملى و دلّت على انه لا عتق إلّا فى ملك فمقتضاه دخول العبد فى ملك الآمر و خروجه عنه و عليه يكون ذلك مثل العمودين فلا شبهه فى جوازه إذ ليس هذا سبيلا على المسلم و انما لملكيه بمقدار تصحّ العتق فقط نظير بيع ذى الخيار المبيع فإنه بيعه هذا يوجب دخول المبيع فى ملكه آنا ما فينتقل إلى المشترى.

و ان قلنا بعدم احتياج العتق الى ذلك و كفايه كون المعتق مالكا و ان لم يكن المعتق عنه ككك فالأمر أوضح.

و منها: اشتراط العتق فى البيع.

و فيه: انه ان كان المراد منه التزلزل من جهه الشرط فهو لا يختص بصوره الاشتراط، بل يجرى فى جميع موارد البيع الخيارى، بل الأمر فيها اولى لكون الخيار و التزلزل فيها من الأول فهذا بخلافه هنا فان التزلزل انما يثبت بعد التخلف كما لا يخفى.

و ان كان المراد من التزلزل من جهه كون المشروط له مالكا لاجبار المشروط عليه على البيع فهو موجود فى جميع موارد مالكيه الكافر للمسلم فلا يختص بصوره الاشتراط كما لا يخفى.

و بالجمله: لم تتصور وجها لهذا الاستثناء بوجه.

قوله: و اما التملک القهری.

اشاره

أقول: كما لو ورثه الكافر أو من اجبر على بيع فمات فهل ينتقل العبد المسلم بذلك الى الكافر أو استأجر على عمل فجعل اجره العبد المسلم أو غير ذلك من الانتقالات فنقول

ان کان مدرک الحکم فی أصل عدم تملک الکافر المسلم هو الإجماع

فلا شبهه فى عدم شمول الانتقال إذ المتيقن منه هو فرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۱

التملک فلا یشمل صوره الانتقال.

و ان کان المدرک فی ذلک قوله علیه السلام فبیعوه و لا تقروه عنده

فهو یدل علی لزوم البیع بعد التملک فلا یشمل التملک الابتدائی فضلا عن الانتقال القهری.

و ان کان المدرک هی آیه نفی السبیل

اشاره

فبناء علی شمولها الملک و کونه سبیلا أیضا فتکون معارضه بأدله الإرث بالعموم من وجه لو لم تکن مقدمه علیها بالحکومه کما تقدم فی المسأله الاولی و بعد التساقط فمقتضی القاعده کونه ملکا للإمام علیه السلام إذا الفرض ان العبد خرج عن ملک المیت و لم ینتقل الی الورثه بأدلّه الإرث و مقتضی الأصل هو عدم انتقاله إلی الورثه فیکون ملکا بلا مالک فینتقل الی الامام علیه السلام.

و لشیخنا الأستاد هنا کلام

محصله ان الآیه و ان کانت معارضه بالعموم من وجه بأدله صحه العقود فی المسأله السابقه و لکن لا تجری ذلک فی المقام لخصوصیه المورد إذ الإضافه الملکیه بین المالک و المملوک کالخیط الذی یصیر واسطه بین الشیئین فأحد طرف هذا الخیط مشدود بالمال و طرفه الأخر مشدود بالملک ففی البیع و نحوه من معاوضات المالیه تبدّل المالک عن طرف الخیط و لکن یبقی طرفه الأخر علی رقبه المال بلا تبدّل أصلا، بحیث یزول ملکیه المالک عن الملک فیحدث له ملک آخر بالمبادله و هذا بخلافه فی الإرث فإن الإضافه المالکیه الثابته للمالک باقیه علی حالها غایه الأمر ینوب الوارث عن المیت بعد موته فیقوم مقامه فتقوم الإضافه معه بلا تبدل فیها أصلا، و علیه فلیس هنا ملکیه جدیده لیکون هنا سبیل، فیشمله الآیه، بل الملکیه الأولیه بلا زوال أصلا.

و علیه فلا تکون الآیه معارضه بأدله الإرث، بل تکون أدله الإرث محکمه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۲

و فیه ان الملکیّه قائمه بالاعتبار الذی لا یتحقق الا بالطرفین نظیر المقولات الإضافیّه، بل أخص منها فلا یعقل بقاء ذلک بارتفاع احد طرفیه بل یرتفع بارتفاعه اذن فلو قام ذلک الاعتبار بشخص آخر أو بحال آخر فیکون غیر ذلک

الاعتبار الاولى فهذا كالاضافات الخارجيه مثلا لو كان هنا سقف فتكون هنا فوقيه فإذا تبدل السقف بخيمه فتبدل الفوقيه الأوليه بالفوقيه الثانويه فلا تبقى على حالها مع ان لها كان نحو وجود فأمر الإضافه الملكيه أهون من ذلك فكيف يبقى بزوال احد طرفيه اذن فتكون الملكيه الحاصله للورثه ملكيه جديده و موردا للايه كما لا يخفى فتحقق المعارضه بلا شبهه.

و على هذا فمقتضى الجمع بين الأدله كونه للإمام عليه السلام إذا الفرض انه مات مالكه الأصلى و لم ينتقل الى المالك فيصدق عليه انه مال بلا مالك فتشمله لأدله الدال على إرث الإمام عليه السلام مع انتفاء الوارث.

و لا يكون منعتقا على الميت و لا على الوارث لأصاله بقاء رقبته كما فى المتن أى لأصاله عدم حريته فيكون للإمام عليه السلام ثم اعتمد المصنف إلى الإجماع و

قال ان العمده فى المسأله ظهور الاتفاقات على الإرث و قد أشكل على ذلك بوجوه الأول ان استصحاب الرقيه من القسم الثالث للاستصحاب الكلى فلا يكون جاريا و ذلك من جهه ان العبديه و كونه رقا للميت زال و نشك انه صار رقا لشخص آخر اما لا فيكون مشكوك الحدوث فلا يكون الاستصحاب فيه جاريا فيكون حرا.

و فيه ان ظاهر عباره المصنف و ان كان موهما لذلك الّا انه ليس مراده بل غرضه ان أصل الرقيه كان امرا ثابتا فنشك فى صيرورته حرا أم لا فنستصحب ذلك الرقيه.

و بعباره أخرى أن المراد من هذا الاستصحاب هو أصاله عدم الحريه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۳

و اما كونه ملكا لأى شخص فليس موردا للأصل كما إذا فرضنا فرشا مع عدم من يملكه فى العالم فإنه بلا مالك فلا

يخرجه ذلك عن الماليه و كك نفرض العبد رقا بلا مالك فنستصحب ذلك حتى لو خلق شخص فملكه جاز، بل يجرى استصحاب العبوديه للميت إذ كان هو عبدا إلى الان الأخير الذى هو آن الموت فنشك فى زواله فنستصحبها، فيكون من جمله ما تركه فلا يكون حرا، بل لا وجه للاستصحاب أصلا إذ لا مخرج له عن عموم ما تركه الميت فمع وجود الإطلاق اللفظى لا يجرى الاستصحاب.

نعم، لو كان المشكوك و المتيقن هى العبوديه للميت و العبوديه للوارث لجرى الاشكال المذكور إذ نعلم بزوال العبوديه للميت و نشك فى حدوثه للوارث فيكون الاستصحاب فيه من القسم الثالث و لكنه ليس بمراد المصنف.

الثانى: انه كما تجرى أصاله عدم كونه ملكا للوارث فكك تجرى أصاله عدم كونه ملكا للإمام عليه السلام فما الوجه فى جريان الأول و عدم جريان الثانى، فهل هو الا ترجيح بلا مرجح، فلا يثبت كونه ملكا للإمام بأصاله عدم كونه للوارث، إلّا بالملازمه العقليه لانحصار الوارث بينهما فقد حقق فى الأصول عدم اعتبار الأصول المثبته.

و فيه ان كونه ملكا للوارث بأصاله عدم كونه ملكا للإمام ليس إلّا باللازمه العقليه كما قرر فى الاشكال، فيكون الأصل مثبتا و لكن كونه للإمام (عليه السلام) بأصاله عدم كونه للوارث ليس من جهه الملازمه العقليه ليكون الأصل مثبتا، بل من جهه أنه يحرز بذلك الأصل احد جزءى الموضوع المركب اعنى عدم الوارث و الجزء الأخر فهو ما تركه الميت محرز بالأصل فتشمله عموم ما دلّ على وارثيه الامام (عليه السلام) فيما تركه الميت و ليس له وارث.

و بعباره اخرى ان ارث الإمام عليه السلام فى طول الطبقات الوارث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۴

فبانتفاء الطبقات

الأوليه تنتهى النوبه إلى الطبقات الثانويه فبالأصل نحرز عـدم الوارث فى الطبقه الأولى، فبالوجـدان تحقق ما تركه الميت، فيكون الموضوع المركب من جزئين احـد جزئيه محرز بالوجـدان و الأـخر بالأصل محققا فتشـمله أدله وارثيه الامام عليه السـلام لمن لا وارث له، و هـذا بخلاـف فى الطرف الأـخر فـإن إثبـات الوارث بأصـاله عـدم إرث الإمام (عليه السـلام) مثبت فلا تجرى كما لا يخفى.

و هكذا الأمر فى جميع الموارد من الشبهات الحكميه و الموضوعيه.

إما الشـبهات الموضوعيه كما إذا مات شخص فنشك فى وجود وارثه فى الطبقه الأولى، فبأصاله عدم الوارث مع صدق ما ترك على ما بقى منه من أمواله يثبت الموضوع المركب لإرث الطبقه الثانيه.

و امـا الشـبهه الحكميه فكمـا إذا تسبب أحـد فى قتـل أبيه فنشـك ح فى جواز إرثه و عـدمه مع عـدم وجود إطلاق يتمسك به، فالأصل عدمه فبضم الوجدان يتحقق التركه إليه يتم موضوع ارث طبقه الثانيه.

ثم لاـ يخفى ما فى كلام الشـيخ هنا من المسامحه الواضـحه حيث قال ان آيه نفى السبيل تنفى مالكيه الكافر و وجه المسامحه ان النافى لمالكيه الكافر هو الأصل دون الآيه، فان الفرض انها كانت معارضه بأدله الإرث و ساقطه لأجلها.

قوله: هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى أو لا يلحق؟

أقول: قـد عرفت ان المصـنف أشـكل فى شـمول أدله الإرث للمقام، بل اعتمد فى المسأله إلى الإجماع فقط، و عليه فهل الحكم ثـابت فى جميع النواقـل القهريه أو يختص بالإـرث فقـط، فالظـاهر هو العـدم كمـا فى المتن على حسب مبناه، فان الحكم الثابت بالإجماع يقتصر فيه على المقدار المتيقن فهو الإرث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۵

و مع التنزل يتعدى الى سائر النواقل القهريه الغير الاختياريه و اما النواقل القهريه الاختياريه فلا.

قوله: أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره.

أقول: غرضه من اختيـاريه السـبب و غيرها ليس كونه اختياريا للكافر الـذى يريـد تملكه، بل كونه اختياريا للآخر، أى المملك و الأول كالفسخ فى البيع الخيارى، بأن اشترى المسـلم عبدا من الكافر ببيع خيارى و فسخ العقد فان فسـخه هذا مملك للكافر قهرا بأمر اختيارى فهو الفسخ.

و الثـانى: كتلف المبيع فى زمـان الخيار أو قبل القبض فيما إذا كان العبـد ثمنا بان باع المسـلم متاعا من الكافر و جعل ثمنه العبد المسـلم أو عبدا أسلم بعد البيع و ان كان كافرا قبله، فان التلف فى زمن الخيار أو قبل القبض ملك للعبد من الكافر بملك جديد

الّا ان الملکیه باقیه بمقدار ما و انما یستقر بالفسخ لئلا یکون ملکا جدیدا کما توهم.

قوله: و منه یعلم انه لو لم یبعه باعه الحاکم و یحتمل ان یکون ولایه البیع للحاکم مطلقا.

أقول: قد عرفت انه لا یقر المسلم فی ملک الکافر و علیه إذا باعه فبها و الّا فیتصدی الحاکم بالبیع ثم هل للحاکم ولایه مطلقا علی ذلک بحیث لیس للکافر ان یتصدی علی ذلک، أو لیس له ولایه مطلقه و انما یتصدی بالبیع مع إباء الکافر عنه و احتمل المصنف الأول، بل عن الإیضاح انه تزول ملکیته أصلا و لیس له الّا استیفاء الثمن، و اختیار شیخنا الأستاذ ان یکون للحاکم ولایه مطلقه تمسکا بقوله علیه السلام فی عبد کافر أسلم اذهبوا فبیعوه من المسلمین و ادفعوا الیه ثمنه و لا تقروه عنده، فإنه لو کان أمر البیع راجعا الی الکافر لقال علیه السلام ألزموه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۶

و فیه أولا: انه أمر غالبی إذ لا یرض المالک ببیع ماله باختیاره، فلذا أمر (ع) بالبیع و یؤید ذلک ذیل الروایه و لا تقرّوه عنده، إذ یعلم من ذلک ان الغرض عدم

بقائه عنده لا کونه مسلوب الاختیار عن ماله.

و ثانیا: الآمر بالبیع هو الأمیر علیه السلام فله الولایه المطلقه علی جمیع الناس و أموالهم، فأمر فی مورد خاص بالبیع لا یدل علی جوازه بدون اذن الکافر فی سائر الموارد، و یظهر النتیجه فی ذلک فیما لو أراد الکافر أن یزیل ملکیه عبده عنه بنحو خاص کبیعه لشخص خاص من المسلمین أو وقفه علی جهه خاص و هکذا فعلی القول بجواز تصدیه بالبیع فله الاختیار فی إزاله ملکیته بأی نحو شاء و علی القول بکون الولایه للحاکم فلیس له ذلک بل الاختیار التام فی ید الحاکم فلیس له الّا استیفاء الثمن لیس الّا.

و اما کلام الإیضاح من زوال الملک بنفسه و لیس للمالک الّا استیفاء الثمن مخالف للنص و الفتوی کما لا یخفی.

و الحق ان سلطنه البیع للمالک لعموم دلیل السلطنه و انه لیس محجورا فیها و توهم کونه سبیلا فاسد إذ لا یصدق السبیل علی ازاله الملک بالجبر و الالتزام، بل هو ذله علیه من الشارع المقدس فیکف یکون سبیلا.

قوله: و کیف کان فإذا تولاه المالک بنفسه، فالظاهر انه لا خیار له.

أقول: فإذا وجب البیع للمالک سواء تصدی الیه بنفسه أو تصداه الحاکم فهل یجوز جعل الخیار فیه أو نقله ببیع غیر لازم کالمعاطاه بناء علی عدم إفادته إلّا الملک المتزلزل أو لا یجوز، بل لا بد و ان ینتقل ببیع لازم کما لا یخفی، ذهب المصنف الی عدم ثبوت الخیار هنا لتقدم آیه نفی السبیل علی أدله الخیارات کما تقدمت علی أدله البیع حکومه و خالف فی ذلک مع صد فحکم بثبوت الخیار و الرد بالعیب تبعا للدروس قال لان العقد لا یخرج عن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۷

مقتضاه بکون المبیع عبدا مسلما لکافر

لانتفاء المقتضى لأن نفى السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان البيع معاطاه فهى على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبه جرت فيه أحكامها.

و يرد عليه ما فى المتن من ان نفى السبيل لا يخرج منه الّا الملك الابتدائى إلخ.

و ربما قيل بابتناء الحكم على ان الزائل العائد كالذى لم يزل، أو كالذى لم يعد، فان قلنا بالأول ثبت الخيار لان فسخ العقد يجعل الملكيه السابقه كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كان الملكيه الحاصله غير السابقه فإن الشارع لم يمضها.

و قد ذكرت الشافعيه هذه فى مواضع متعدده منها فى بيع المعاطاه بناء على كونها مفيده للملك الجائز ذكروا ان ما انتقل بالمعاطاه لو انتقل الى غيره بعقد جائز كالهبه ثم ارجع ذلك بالفسخ، فهل يبقى الحكم الاولى أو لا؟ فذكروا هنا هذه القاعده و منه ما نحن فيه.

و لكن لا يبتنى ذلك على أساس صحيح، إذ بعد ثبوت الحكم له بآيه نفى السبيل لا وجه للفسخ بتوهم ان الزائل العائد كالذى لم يزل و بعدمه لأنه كالذى لم يعد، و بالجمله فلا بدّ من الاقتصار فى تخصيص الآيه على القدر المتيقن، نعم مثل هذه العبارات لها صوره لفظيه فقط ليس الّا كما لا يخفى.

قوله (ره): و يشكل فى الخيارات الناشئه عن الضرر

من جهه قوه أدله نفى الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم.

أقول: فصّل المصنف هنا بين ما كان دليله نفى الضرر و ما كان دليله غير نفى الضرر، فاما الخيارات التى دليلها غير دليل نفى الضرر، فحكم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۰۸

بتقديم آيه نفى السبيل على أدله الخيارات كتقدمها على أدله البيع، فلا يثبت الخيار

للمسـلم أو للكـافر لكونه موجبـا لتملـك الكافر العبـد المسـلم فهو سبيل منفى، نعم لا بأس بثبوت الأرش فى مثل خيار العيب إذ ليس فى مطالبه الأرش سبيل.

و امـا الخيـارات التى تثبت بـأدله نفى الضـرر فنقول فيها بثبوت الخيار فى البيع للمسـلم دون الكافر من جهه قوه أدله نفى الضـرر فيثبت الخيار للمسـلم المتضـرر من لزوم البيع و لكن مع ذلك لا يثبت للكافر خيار فان هذا الضـرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته تملك المسـلم الّا ما خرج بالنص و الّا لكان مالكا، فالضـرر مبين على اقدامه و بالجمله ان هنا تفصـيلان يكون الثانى مترتبا على الأول و ان شئت فقل ان هنا تفصيل واحد منحل الى تفصيلين.

و يرد عليه وجوه على ما ذكره شـيخنا الأسـتاذ و ان لم يرد بعضها الأول انه لو كان الدليل هو أدله نفى الضرر فلا يفرق فى ثبوت الخيـار بها، بين المسـلم و الكافر، بل يثبت لهما، و ذلك لان إيجاد المقـدمات الإعـداديه للضـرر لا يوجب منع شـمول أدله نفى الضـرر على الأحكام الضـرريه المتوجهه على ذلك الشـخص المعـدّ لمقـدمات الضـرر، بل المناط فى شـمولها لموضوعها كون الحكم الشـرعى ضـرريا على المكلف بحيث يلزم من الالتزام و التكليف ضـرر عليه، و عليه فالكافر و ان كان بنفسه هيأ مقدمات الضـرر و كفر باختيـاره و لكن لا يمنع ذلك عن شـمول أدله نفى الضـرر لما ترتب على ذلك المقـدمه الإعـداديه أعنى الحكم ليكون البيع العبـد المسـلم عليه لازما و لو كان ضـرريا، بل هـذا الحكم الضـررى يوجب خياريه العقـد فيثبت له الخيار أيضا و لو كان إيجاد المقدمات الإعداديه للضرر موجبا بمنع شمول أدله الضرر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵،

عليه فلزم القول بعدم شمولها لأمثاله فى سائر الموارد أيضا، مثلا فلو لم يتحفظ المكلف نفسه من البرد فمرض فلازم ما ذكره المصنف عدم ارتفاع الأحكام الضرريه عنه لعدم شمول أدله نفى الضرر عليه.

و كذلك إذا لم يتسهر فعجز عن الصوم و لزم منه ضرر عليه فلازمه عدم جواز الإفطار لكون الضرر مبنيا على مقدمه إعداديه هيأها بنفسه، و هكذا إذا سافر الى مكان لزم الصوم فيه أو إتيان أمر واجب ضرر عليه للحراره أو للبروده أو غيرهما فلازم ما ذكره المصنف هو عدم شمول أدله نفى الضرر عليه و هكذا ففى المقام ان الكافر و ان كفر بنفسه و استعد لتوجه الضرر عليه و لكنه لا يمنع عن توجه أدله نفى الضرر عليه و شمولها له كما هو واضح.

و بالجمله لو ثبت الخيار لأدله نفى الضرر فيثبت لهما و الّا فلا يثبت لهما فلا وجه للتفصيل فاختيار أحد أطراف الأمر التخييرى ليس بضرر مع اختياره الطرف الأخر و لكنه ليس بتمام و كلام المصنف تمام من هذه الجهه.

و ذلك من جهه أن الاحكام الضرريه و ان ارتفعت بأدله نفى الضرر سواء ترتبت على المقدمات التى أوجدها شخص المتضرر أو لا- و لكن ما نحن فيه ليس ككك فان جواز الفسخ الذى هو معنى الخيار الموجب لتملك الكافر و هكذا بجواز بيع العبد المسلم منه مشروط بإسلام الطرف و الّا فلا يجوز فحيث ان الكافر فاقد لهذا الشرط مع كون تحصيله فى اختياره فلا يجوز فسخ عقده و ان كان الفاسخ مسلما فعدم جواز الفسخ للكافر و جوازه للمسلم ليس ضرريا على الكافر، فان فى قدرته ان يسلم و يفسخ، و لكن باختياره

يختـار البقاء على الكفر و هـذا نظير اشتراط البيع بالخروج من الـدار مثلا، و الّا فلا بيع، فلا يقال ان من لم يخرج منها مضـطر الى البيع إذ هو باختياره لم يخرج و هكذا و هكذا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۰

نعم، لو كان الأمر منحصـرا بالفسـخ فى حال الكفر فقط و مع ذلك منع عن الفسـخ يكون ذلك ضـرريا عليه فليس كك و هـذا نظير مـا كـان التوضـى بالماء البارد ضـررا و كان عنـده ماء ان، فلا يتوهم ان الوضوء ضـرر عليه فيرتفع بأدله نفى الضـرر، بل هو متخير بين الأمرين فمع اختيار أحدهما يكون الحكم ضرريا عليه لا مطلقا ففى المقام أيضا كك.

و الحاصل: ان الضرر لا يترتب على الكفر الذى توهم كونه من المقدمات الإعداديه للضرر، بل الضرر مترتب على ترک الإسلام و عدم قبوله و هو باختياره ترک الإسلام فلم يتمكن من الفسخ و الّا لجاز فسخه لو اختار الإسلام.

الثـانى: مـا ذكره من أن أدله نفى الضـرر لاـ يمكن ان يكون دليلا لشـى ء من الخيارات، كما سـيأتى فى بابها لعـدم تكفلها على إثبـات الحكم، و انمـا مفادهـا رفع الحكم الضـررى فقط، و انما دليل مثل خيار الغبن و نحوه الـذى توهم كونه أدله نفى الضـرر دليلا له هو الشرط الضمنى الذى يثبت الخيار من جهه التخلف به كما هو واضح.

الثالث: لو سـلمنا كون أدله نفى الضرر صالحا للدليليه على بعض الخيارات و لكن ليس مقتضاه ثبوت الخيار هنا و توضيح ذلك انه لو قلنا بعدم حكومه آيه نفى السبيل على أدله البيع و الخيارات كما منع عنه المصـنف فيما تقدم حيث قال و حكومه آيه نفى السبيل على أدله البيع غير

معلومه، فح تقع المعارضه بينهما فى مورد بيع العبد المسلم من الكافر و فسخ البيع الموجب لتملك الكافر العبد المسلم معارضه العموم من وجه، فح تصل النوبه الى الأصل العملى فهو فى المقام استصحاب لزوم العقد اذن فيتقدم عليه دليل نفى الضرر فيثبت ما ذكره المصنف الّا أنه لم يقل به المصنف، فان قلنا بالحكومه كما هو ظاهر المصنف، و ان كان منع عنه سابقا و لكن ظاهر كلامه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۱

العدول عنه بعده بان تكون آيه نفى سبيل حاكمه على أدله الخيارات و البيع كحكومه مٰا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ على الاحكام الرجحيه فح تقع المعارضه بينها و بين أدله نفى الضرر لكون كل منهما حاكما على الأدله الأوليه فالمعارضه بين الدليلين الحاكمين إذ الآيه تنفى الخيار لكونه موجبا لتملك الكافر المسلم و سبيلا عليه و أدله نفى الضرر تثبته لكون لزوم ضرريا فح لا وجه لتقديم أدله نفى الضرر على الآيه من جهه قوه أدلتها لعدم الوجه على قوتها، اما من حيث السند فالايه مقطوعه الصدور بخلاف أدله نفى الضرر فإنها غايه الأمر موثقه و اما بحسب الدلاله فكك أيضا لأن المفروض أن الآيه شامله لموارد تملك الكافر المسلم فلو لم تكن الآيه متقدمه على أدله نفى الضرر لقوتها فلا تتقدم أدله نفى الضرر عليها لذلك كما لا يخفى، فافهم.

ثم ان هنا توهما أشار إليه العلامه فى القواعد و لم يسبقه أحد من انه لو باع الكافر العبد المسلم من المسلم فوجد فى الثمن عيبا جاز له ردّ الثمن و اما استرداد العبد ففيه نظر، بل يرد بدله و الّا يلزم السبيل المنفى بالآيه.

و أجاب عنه المصنف

بان

فى ردّ البدل أيضا سبيل و لذا حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعتق على المشترى و لو لا هذا لأمكن توجيه كلامه ان مقتضى الجمع بين الأدله و نفى السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمه فيكون نفى السبيل مانعا شرعيا من استرداد الثمن كنقل المبيع فى زمن الخيار و كالتلف الذى هو مانع عقلى.

و اما ما ذكره المصنف فلا وجه له بوجه فان استحقاق الكافر البدل ليس سبيلا على المسلم و الّا لزم كون استيفاء الثمن أيضا سبيلا و أما سقوط الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۲

فى بيع من ينعتق على الكافر فمن جهه عدم قابليه المورد لذلك لصيرورته حرا بمجرّد البيع فلا يبقى مجال للرجوع الى البدل أيضا، و اما مطالبه القيمه فى التلف فى زمن الخيار أو النقل فيه الذى لا يمكن ردّ العين فيه فمن جهه ان للمالك حق مطالبه عين ماله فحيث لا يتمكن منه فيطالب ببدله لا أن له الخيار بحيث يفسح العقد و يطالب ببدله أو قيمته فإنه لا دليل عليه بوجه كما هو واضح.

و أما ما أفاده العلامه ففيه انه ان ثم دليل الخيار فيسترد العين و الّا فلا، و اما ردّ القيمه فلا مقتضى له أصلا ثبت له الخيار أم لم يثبت و محصل الكلام من الأول و تحقيقه و نتيجته فى المعاملات فهو اما انه تاره نقول باختصاص الآيه بنفى الجعل تكوينا بمعنى ان الكافر ليس له سبيل تكوينا على المؤمن كما استفيد ذلك من الآيه صدرا و ذيلا و بإتيان النفى بلن و حيث ليس فى الدنيا كك فتختص بالأخره خصوصا بقرينه قوله تعالى اللّهُ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ يَوْمَ الْقِيامَهِ و على هذا فتكون

آیه أجنبیه عن المقام بالکلیه.

و اخری نقول باختصاصـها بـالنفی التشـریعی، أی لن یجعـل اللّه فی عـالم التشـریعی سبیلا للکافر علی المؤمن، فتکون ح حاکمه علی جمیع الأحکـام الأـولیه کحکومه نفی العسـر و الحرج علیها و علی هـذا فان لم تشـمل الملکیه أو شـککنا فی شـمولها علیها فکالأول فلا تشـمل المقام، و ان کانت شامله علیها لکون ملکیّه الکافر علی المسلم سبیلا علیه، و سلطنه علیه فکما تکون حاکمه علی سـائر الأحکـام، فتکون حاکمه علی العمومات الـداله علی حصول الملک کأوفوا بالعقود، و نحوه، فلا یجوز بمقتضـی الآیه بیع العبد المسلم من الکافر و تملکه له الّا فیما دل دلیل الخاص علی جواز التملک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۳

کما ادعی الإجماع علی ذلک فی الإرث و اما فی غیر موارد الإجماع و عدم الدلیل علی التملک فتکون آیه نفی السبیل محکمه کاذهب الیه المصنف.

و ان کانت الآیه شامله لکل من نفی الجعل التشریعیّه و التکوینیّه بإراده الجامع من السبیل الشامله لهما و شملت للملکیّه أیضا فلا تکون الآیه حاکمه علی سائر الاحکام و لا علی أدله صحه المعاملات فان حکومتها علیها فی فرض اختصاصـها بالنفی التشریعی و علی فرض اراده الجامع فیکون النفی التشریعی من مصادیق الآیه، و حینئذ تقع المعارضه بینها و بین أدله صحه المعاملات «کَ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» بالعموم من وجه فحیث ان عموم دلیل الوفاء بالعقد وضعی لکونه جمعا محلا باللام، و عموم الآیه بالإطلاق لکونه من جهه وقوع النکره فی سیاق النفی الـذی ثبت عمومه بمقـدمات الحکمه فیکون أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مقـدما علی آیه نفی السبیل إذا فیحکم بجواز بیع العبد المسلم من الکافر.

هذا کله فی المعاملات التی تقدمت، و اما

الخيارات فأيضا أن أريد من الآيه خصوص النفى التكوينى فتكون أجنبيه عن المقام، و ان أريد منها النفى التشريعى فتكون حاكمه أيضا على جميع الاحكام و مع ذلك لو لم تشمل للملكيه أو شككنا فى شمولها لها فتكون أجنبيه عن المقام أيضا فلا تكون حاكمه على أدله الخيارات كما لم تكن حاكمه على أدله البيع أى أجنبيه عن ما نحن فيه.

و ان قلنا بشمولها للملكيّه أيضا فتكون حاكمه على أدله الخيارات كما كانت حاكمه على أدله المعاملات فيحكم بلزوم البيع و لزوم سائر المعاملات الواقعه عليها عند نقل الكافر ذلك من ملكه الى غيره.

و ان قلنا بعموم الآيه للنفى التكوينى و التشريعى بإراده الجامع من

السبيل فلا تكون حاكمه، ح على أدله الخيارات كما تقدم فى المعاملات بل تقع المعارضه بين الآيه و بين أدله الخيارات بالعموم من وجه و بما انا ذكرنا فى الأصول انه إذا تعارضه الآيه مع الروايات بالعموم من وجه تتقدم الآيه على الروايه لشمول الأخبار المتواتره الإمره بطرح ما خالف كتاب اللّه أو أنه لم نقله أو زخرف الى غير ذلك من المضامين لصوره المعارضه بالعموم من وجه فإذا تتقدم آيه نفى السبيل على أدله الخيارات.

و لكن لا تجرى هذه الكبرى فى خصوص المقام و لا تنطبق عليه و ذلك من جهه انا لا نحتمل جواز بيع العبد المسلم من الكافر و عدم جواز فسخه العقد، بل إذا جاز البيع جاز الفسخ بطريق اولى و هذا بخلاف العكس، فإنه يمكن الالتزام بجواز الفسخ و لا نلتزم بجواز البيع و على هذا فتقديم الآيه على أدله الخيارات يستلزم عدم جواز الفسخ و قد قلنا بجواز

البيع بتقديم دليل الوفاء بالعقد على آيه (نفى السبيل) و على هذا لو قدمنا الآيه على أدله الخيارات فلازمه تقديمها على أدله البيع أيضا، لوقوع المعارضه بين الآيه «نفى السبيل» و بين آيه «أَوْفُوا» بالملازمه المذكوره فحيث عرفت أن عموم آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بالوضع و عموم آيه نفى السبيل بالإطلاق، فتكون آيه أَوْفُوا، مقدمه على آيه نفى السبيل فتكون أدله الخيارات متقدمه عليها لتعاضدها بآيه «أَوْفُوا».

و بالجمله عند معارضه الآيه مع الروايه بالعموم من وجه و ان كانت الآيه مقدمه على الروايه و ليس ذلك لتعارض الآيتين ليحكم بالتساقط لو لم يكن فى أحدهما ترجيح بحسب الدلاله و لكن إذ تعاضدت الروايه بآيه تكون تلك الآيه فى نفسها عند معارضتها بآيه الأخرى المعارضه مع الروايه مقدمه عليها فقهرا تكون الروايه أيضا مقدمه على الآيه لأجل تلك المعاضده، كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۵

لا يخفى.

اذن فلا بد من العمل بأدله الخيارات فيثبت جواز الفسخ للكافر و للمسلم كليهما، كما كان جواز البيع ثابتا لهما بان يبيع المسلم العبد المسلم من الكافر، غايه الأمر بمجرد الفسخ يجبر على البيع ثانيا كما انه يجبر على البيع مع الشرى ابتداء.

هذا كله بالنسبه إلى أدله الخيارات غير ما إذا كان المدرك هى قاعده لا ضرر، فلا شبهه أن كل واحد من قضيه لا ضرر و آيه نفى السبيل يكونان حاكمتين على الأدله الأوليه فى عرض واحد و تقع المعارضه بين الدليلين الحاكمين بالعموم من وجه فما ذكره المصنف من تقديم أدله نفى الضرر لقوته على الآيه بلا وجه، بل لا بد من تقديم الآيه على القاعده بناء على ما ذكرناه من لزوم تقديم الآيه على الروايه عند المعارضه

بـالعموم من وجه و يتساقطـان فتصـل النوبه إلى أدله صـحه البيع و لزومه، لاـن المانع عنه انما كان هو دليل نفى السبيل للحكومه فإذا ابتلى بالمعارضه فانتفى العموم الدال على الزوم.

و لكن لخصوصـيه المورد أيضـا لاـ بـد من تقـديم قاعـده لا ضـرر على الآيه لمعاضـدتها بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان تقـديم آيه «نفى السبيـل» بالملاـزمه تنفى تقـديم آيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فان نفى الخيار و الحكم بلزوم البيع بآيه نفى السبيل تقـديمها على دليل الوفاء بالعقود إذ لا يحتمل الالتزام بعـدم جواز الفسـخ و الالتزام بجواز البيع، بل لو التزمنا بعـدم جواز الفسخ فعدم جواز البيع اولى كما تقـدم، اذن فالمعـارضه بين آيه «نفى السبيل» و قاعـده «لا ضـرر» المعاضـده بآيه أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بحيث ان عموم دليل الوفاء بالعقد وضـعى و عموم آيه نفى السبيـل إطلاـقى، فيتقـدم على آيه نفى السبيـل فيحكم بجريـان الخيار فى بيع العبـد المسـلم على الكافر للمسلم و الكفار بناء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۶

على صحه كونها مدركا لثبوت الخيار.

فتحصـل أنه لاـ دليـل على عـدم جواز بيع العبـد المسـلم من الكـافر و عليه ففى كل مورد تحقق الإجماع على المنع كما فى البيع ابتـداء فيتّبع و الّا فيحكم بالجواز، كالفسخ، إذ لا نطمئن بشـمول الإجماع للفسخ أيضا، فإذا فسخ الكافر العقد و تملك العبد ثانيا فأجبر على البيع أيضا ثانيا كما لا يخفى.

اسـتدراك مما تقدم و هو انا ذكرنا تقديم عمومات الصحه على آيه نفى السبيل عند معارضتها معها أو بأدله الخيارات و كذلك ذكرنـا تقـديم أدله نفى الضـرر على آيه نفى السبيـل عنـد حكومتها و حكومه آيه نفى السبيل على سائر الأدله الّا أن هـذا الأخير ممنوع، إذ بعد حكومه

الآيه مع أدله نفى الضرر على سائر الأدله لا وجه لمعاضده أدله نفى الضرر بالعمومات بالملازمه كما كان هو الميزان فى تقديمنا أدله المضار عليه غيرها.

فى حرمه بيع المصحف من الكافر

قوله: المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر.

أقول: ان قلنا بعدم جواز بيع العبد المسلم من الكافر و كان المدرک فيه هو الإجماع، فلا شبهه فى عدم شموله للمصحف و لا يمكن التعدى من مورده الذى هو المتيقن منه، و ان كان المدرک الآيه أو الروايات، فقد ادعى شمولها بالمصحف بالأولويه القطعيه الّا أنها ممنوعه كما هو واضح.

و توضيح ذلک ان محل الكلام هنا انما هو مطلق نقل القرآن الى الكافر و لو بالهبه و الإرث، بل لو ملكه المسلم فكفر فهو أيضا داخل فى محل النزاع حتى لو كتبه فى قرطاس و نحوه و الّا قد منع بعضهم كالمصنف و غيره من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۷

الأعاظم من بيع المصحف من المسلم أيضا.

ثم ان هذا فيما لم يكن النقل مستلزما للجهات الخارجيه الطاريه على النقل من مثل الهتک أو مسّ اليد، و الّا فيكون داخلا فى بيع المباح ممن يعلم أنه يصرفه فى الحرام كبيع العنب ممن يعلم انه يجعله خمرا و بيع الخشب ممن يعلم أنه يصنعه صليبا أو صنما.

و بالجمله فمحط البحث هنا ما إذا كان النظر الى مجرد النقل فقط كأن اشتراه الكافر مثلا ليوقفه على المسلمين أو يجعله فى مكتبه أو يحفظه فى صندوق و نحو ذلک، و أما لو اقترن الى الجهات الخارجيه فلا إشكال فى الحرمه من غير اختصاص له بالكافر أصلا، ثم لا وجه للحكم بالكراهه هنا كما توهم، بل ان تم الدليل فيحكم بالحرمه و الّا فيحكم بالجواز

بلا كراهه.

ثم ان كان مدرك الحكم فى حرمه بيع العبد المسلم من الكافر هو الإجماع فلا شبهه فى عدم شموله للمصحف لكونه دليلا لبيّا فيراد به المتيقن و ان كان المدرك هو آيه نفى السبيل أو الروايات فيستدل بها على المقام بالفحوى كما سلكه المصنف و هو من ان الوجه فى ذلك هو لزوم مراعاه احترام المؤمن احتراما يقتضى نفى سبيل الكافر عليه و هو يستدعى بالأولويه القطعيه حرمه بيع المصحف أيضا، إذ هو أعظم احتراما و درجه من المؤمن، بل عليه يدور أساس الإسلام، بل لو دار الأمر بين حفظه و حفظ آلاف من المؤمنين يكون حفظه مقدما عليهم كما كان الأمر كذلك من صدر الإسلام و بدوه.

و على هذا فإذا نفى سبيل الكافر على المؤمن فبالأولويه ينفى سبيله على القرآن أيضا فيحرم نقله إليه بأى عنوان كان.

و فيه أولا نمنع كون مناط المنع فى البيع العبد المسلم من الكافر هو الاحترام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۸

و حفظ شئون المؤمن، بل يمكن ان يكون الوجه فيه هو شى ء آخر و هو مبغوضيه نفس تملك الكافر أو حكمه أخرى لا سبيل لنا إليها.

و على تقدير قبول المناط فنمنع الأولويه فى ذلك إذ لا نسلم ان يكون احترام مطلق القرآن أولى من احترام المؤمن، بل انما هو نشأ من الخلط و الاشتباه إذ ما يجب احترامه و فداء النفوس له و الجهاد لحفظه انما هو القرآن الكلى الجامع بين الأشخاص بحيث بزواله زال الدين و انهدم شريعه سيد المرسلين و قد استفدى بذلك الأنبياء و الأوصياء و نفوسهم فضلا عن المؤمنين، بل ما من إمام الا و قد قتل لإحياء القرآن و قوانينه و

هذا أمر واضح لا شبهه فيه.

و أما كون حفظ شخص القرآن المطبوع فى مطبعه فلانيه أولى من المؤمن غير معلوم، بل معلوم العدم، فان حفظ المؤمن أعظم درجه من ذلك و لا نحتمل ان بشك أحد فى أنه لو دار الأمر بين إتلاف قرآن بإلقائه بالحبل المشدود فيه لإنقاذ مؤمن و بين تلف المؤمن أن إنقاذ المؤمن مقدم، و كذلك لو دار الأمر بين موت مؤمن جوعا و بين إتلاف القرآن لحفظه فلا شبهه فى كون الأول مقدما على الثانى.

و بالجمله ما يكون حفظه أولى من حفظ المؤمن فخارج عن محلا الكلام و ما ليس كذلك فلا نسلم الأولويه فيه.

على أنه ربما يكون البيع موجبا للاحترام إذ كثيرا ما يطالعه و يهتدى به فلو لم يباع كيف يطلع على قوانينه الوافيه يهتدى به فاحترامه يقتضى البيع لعله يوجب الإرشاد و توهم استلزامه الهتك مدفوع لما عرفت ان محل الكلام انما هو مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كما لا يخفى.

و على تقدير ثبوت الحكم هنا، فهل يثبت فى الاخبار المتواتره فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۱۹

خلاف، و لا شبهه فى عدم الشمول لو كان المدرك هو الإجماع لعدم شموله للمصحف، فضلا عن شموله للأخبار المتواتره.

و أما لو كان مدرك الحكم هى الآيه أو الروايات فأيضا لا تشمل الأخبار المتواتره لعدم الأولويه هنا قطعا لو كانت ثابته فى المصحف بل يكفينا الشك كيف فهل يتوهم أحد أنه إذا دار الأمر بين حفظ النفس و بين حفظ الخبر المتواتر أن يحفظ الخبر المتواتر مقدم.

و على تقدير ثبوت الحكم فى الخبر المتواتر فلا يشمل الخبر الواحد، فان مجرد الحجيه لا يوجب ثبوت جميع الاحكام عليه كما

ذهب اليه شيخنا الأستاذ ثم العجب من المصنف حيث استشكل فی دليل الحكم و استحسن ما ذكروه فإنه لا ندرى انه بعد التأمل فی المدرک هل الفتوى بلا دليل حسن و هو أعرف بالحال.

القول فی شرائط العوضين

قوله: يشترط فی كل منهما كونه متمولا.

اشاره

أقول: محصل كلامه أن من جمله شرائط العوضين أن يكون متمولا لأن البيع فی اللغه مبادله مال بمال، و بهذا يحترز عما لا نفع فيه كالخنافس و الديدان لخستها، و كذلک مثل الحبه من الحنطه فما لم يتحقق فی الشی ء التمول و الانتفاع به فأحرز كونه أكلا للمال بالباطل عرفا، فالظاهر فساد المعامله و ان لم يحرز فيه ذلک، فان ثبت بدليل أو إجماع انه لا يجوز بيعه أخذ به و الّا فيرجع الى عمومات صحه البيع و التجاره و الى الروايه الخاصه و هی قوله عليه السلام فی روايه تحف العقول و كل شی ء يكون لهم فيه الصلاح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۰

من جهه من الجهات فكل ذلک حلال بيعه و شراؤه.

و فی كلامه مواقع للنظر،

الأول: اعتبار الماليه فی العوضين فی البيع

لقول المصباح و ذلک لعدم حجيه قوله، يكفی فی صحه المعامله على ما ليس بمال مجرد الغرض الشخصی، كما إذا اشترى مكتوبه جده بقيمه عاليه للإبقاء مع عدم كونها قابله للمعاوضه أو اشترى خنفساء بقيمه أو عقربا بقيمه كذا، للجل المداوى و نحوها كما لا يخفى، و قد تقدم فی أول البيع جواز كون الحقوق ثمنا فی المعامله بأن باع شيئا ليرفع المشترى يده من حقه الفلانی صحيح و الوجه فی ذلک كله هو ان البيع تبديل بين الشيئين برفع اليد عن أحدهما و جعل الأخر موردا للحق كما لا يخفى، فغايه الأمر يمنع ذلک عن التمسک بعمومات ما دلّ على صحه البيع بالخصوص، و اما ما دلّ على صحه مطلق العقود و التجاره عن تراض فلا، إذ لا شک فی صدق التجاره عن تراض، و العقد على المعامله الجاريه على ما ليس بمال لما عرفت فی بعض تنبهات المعاطاه

أن فی العرف لا- یصـدق علیه البیع، بل الثمن و المثمن علی العوضـین بل یصـدق علیه مجرد المبادله و المعاوضه کتبـدیل ثوب بثوب و عباء بعباء، و هکذا، و لا شبهه فی صحه ذلک ل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، و السیره القطعیه کما هو واضح.

و الثانی: ما التزم به من انه مع الشک فی التمول إن أحرز کون المعاوضه أکلا للمال بالباطل فیکون فاسدا.

و وجه الضـعف انه بنـاء علی کون المراد من الآیه ما فسّر به المصـنف من اراده المعامله السـفهیه کالمعامله علی ما لا نفع فیه، و الغرض عما ذکرناه من کونهما ناظره إلی الأسباب انه لا یجتمع احتمال المالیه مع صدق الأکل مال بالباطل، إذ معنی صدق أکل المال بالباطل انه لیس بمال لیکون أکل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۱

المال بإزائه أکلا له بالباطل، و معنی الشک فی التمول احتمال کونه مالا فما یحتمل فیه مالیته لا یکون من أکل المال بالباطل.

الثالث: ما تمسک به بعد عدم إحراز کونه من أکل المال بالباطل من العمومات،

و حکمه بالصحه بها، و بروایه تحف العقول، و وجه الضعف أما روایه تحف العقول فقد تقدم الکلام فی ضعفها و اضطرابها.

و أما العمومات، فالتمسک بها مع الشک فی التمول الموجب للشک فی صـدق البیع تمسک بالعام فی الشـبهات المصداقیه کما هو واضح.

قوله: ثم انهم احترزوا باعتبار الملکیه فی العوضین.

أقول: لم یعتبر المصنف الملکیه فی العوضین لیحترز بها عن غیر الملک کما هو واضح.

و دعوی اتحـاد الملکیه و المـالیه فاسـد إذ بینهما عموم من وجه و الشـی ء قـد یکون ملکا و لا یکون مالا کحبه من الحنطه و قد یکون مالا و لا یکون ملکا لأحد کالمباحات الأصلیه و قد یجتمعان فاعتبار المالیه لا یدل علی اعتبار الملکیه.

بـل لا- وجه لاعتبـار الملکیه فی العوضـین أصـلا، إذ البیع لیس الّا التبـدیل بین الشـیئین یقطع علاـقه کـل من المتبایعین عنهما و احـداث علاقه أخری فیهما و قـد تقدم فی أول البیع جواز کون الحق ثمنا فی البیع کأن یبیع شـیئا علی ان یرفع المشتری یده عن حقه کالتحجیر و غیره من الحقوق.

و یدل علی ذلک جواز بیع الکلی فی الذمه مع انه لیس ملکا لأحد أصـلا و انما تحصل الملکیه للمشتری بالشـری و یملک علی ذمه البائع و من هنا نقض الامام علیه السـلام علی العامه لعدم قولهم بصحه بیع الکلی ببیع السلم لأنها من واد واحد کما تقدم فی الاخبار المتقدمه فی البیع الفضولی.

نعم، تعتبر الملكيه فى البيوع الشخصيه للاخبار الخاصه من قولهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۲

علیهم السلام لا تبع ما لیس عندک کبیع مال الغیر قبل الشری و بیع الطیر فی الهواء و السمک فی البحر، قبل الاصطیاد، فإنها من قبیل بیع ما لیس عنده و من أظهر

مصاديقه فلا شبهه فى بطلانه.

بل، يمكن ان يقال بعدم اعتبارها فى الأعيان الشخصيه أيضا إذ معنى قولهم لا تبع ما ليس عندك هو ان ما ليس بمقدور التسليم لا يجوز بيعه بوجه، لا انه يجب ان يكون مملوكا للبائع.

و اما قولهم عليهم السلام لا بيع إلّا فى ملك، فقد تقدم فى بيع الفضولى ان المراد من الملكيه ليس ملكيه العين الشخصيه، بل المراد منها مالكيه البائع، التصرف من البيع و نحوه ككونه وليّا للمالك أو وكيلا أو مأذونا من قبله و هكذا.

ثم انه على تقدير اعتبار الملكيه فى العوضين لا وجه للاحتراز بها عن الأرض المفتوحه عنوه، فإنها ملك بلا اشكال، نعم ليس بطلق فإذا أريد الاحتراز عنها فلا بد من تقييد الملك بالطلق كما هو واضح.

ثم بيّن المصنف أقسام الملك من أنه:- تاره يكون طلقا لأحد كالاملاك الخاصه.

و أخرى لا يكون ملكيه العين طلقا، و انما يكون تملك بمنافعه طلقا، كالأوقاف الخاصه، حيث انها ليست ملكا طلقا لأحد من الموقوف عليهم و لكن منفعتها ملك طلق لهم، و لهم مالكيه مطلقه لذلك.

و ثالثه: لا تكون ملكيّه العين و لا ملكيّه المنفعه طلقا لأحد، و لكن إذا قبضت المنفعه تكون ملكا طلقا للقابض كالأوقاف العامه إذ هى و منافعها ليست ملكا طلقا لأحد و لكن إذا قبضوا منفعه يكون ملكا لهم بلا شبهه.

و رابعا: ان لا يكون ملكا طلقا لأحد لا عينا و لا نفعا و لكن إذا قبضوا

تكون العين و المنفعه كليتهما ملكا للقابض و ذلك كحق الساده و الفقراء فى الزكاه، و فى الخمس إذ هما ليسا ملكا طلقا لأحد منهم، بحيث إذا مات أحدهم فليقم

وارثه مقامه إذ المالك هو الكلى فهو باق على حاله و انما ملك كل منهم العين و نفعها بعد القبض ملكا طلقا، و اما سهم الامام عليه السلام ففيه خلاف.

فالأراضى المفتوحه عنوه خارجه عن جميعها، أما عدم كونها ملكا طلقا لأحد فواضح، و اما عدم كونها من سائر الأقسام فأيضا كذلك فإنها لا تكون ملكا لأحد قبل القبض و بعده، و انما منافعها تصرف فى مصالح المسلمين.

الكلام فى أحكام الأراضى

اشاره

ثم ان المصنف نقل الكلام إلى أقسام الأراضى لمناسبه ذكر بعض أقسامها و قد ذكرنا فى آخر المكاسب المحرمه و حاصل الكلام هنا

ان الأراضى على أربعه أقسام:

اشاره

الأول: ما يكون مواتا بالأصاله بأن لم تكن مسبوقه بالعماره.

الثانى: أن تكون معموره بالأصاله لا ـ بمعنى كونها معموره عند الخلقه و قبل خلق الخلق، بل بمعنى كونها معموره بلا ـ معمّر كرؤس الجبال و بطون الأوديه و الأشجار فى البحر و البر.

الثالث: ما عرض له الموت بعد الحياه كأرض الكوفه، بل ارض العراق إذ كانت أراضى معموره و لذا كانت تسمى بأرض سواد.

الرابع: ما عرض له الحياه بعد الموت.

فهذه هى الأقسام الأربعه.

أما القسم الأول [أى ما يكون مواتا بالأصاله]

اشاره

و الكلام فيه من جهات:

أما الأولى: فالأرض الموات كلها للإمام عليه السلام

للإجماع المحصل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۴

و المنقول و عدم الخلاف بين الفقهاء، و للأخبار الكثيره، و فى المتن أنها مستفيضه بل متواتره.

و فيه أن أصل الحكم و ان كان مسلما و مجمعا عليه بين الفقهاء كما عرفت و لكن الأخبار الوارده فيها ليست مستفيضه فضلا عن كونها متواتره و ذلك لأن جمله منها وارده فى الأرض الخربه التى باد عنها أهلها و بقيت خربه فهى أجنبيه عن المقام، فان كلامنا فى الموات بالأصل لا- ما يكون كك بانجلاء أهلها و لذا عنوانها فى وسائل فى باب الخمس بعنوان آخر فما هو موات بالأصل لا- تطلق عليه الخربه، و روايه واحد وارده فى خصوص الأرض الموات فى باب احياء الموات من وسائل فلا تحقق بها الاستفاضه و التواتر.

نعم، فى جمله من الروايات فى ج ۲ وسائل باب الأنفال من الخمس الأرض التى ميته لا ربّ لها فهى للإمام عليه السلام، فلا شبهه فى شمولها للموات من الأرض من غير اباد أهلها و لكنها ليست بمتواتره أيضا و لا مستفيضه.

نعم، لو كان المراد بالاستفاضه هو كونها ثلاثه أو أربعه فلا بأس بإطلاق المستفيضه عليها.

و بالجمله ان الغرض بيان عدم استفاضه الروايات و تواترها و الّا فأصل الحكم مسلم، بل يمكن الاستدلال على ذلك بآيه الانفعال لكونها للإمام عليه السلام غايه الأمر نثبت الصغرى بدليل أخر، اى كونها انفالا فلا شبهه فى ذلك للإطباق الروايات على كونها موات الأرض من الأنفال.

أما الجهه الثانيه: فهل يشترط فى التملك بها مجرد قوله (عليه السلام) فى النبوى

موتان الأرض للإمام عليه السلام ثم هى لكم أيها المسلمون و كك فى النبوى الأخر بحيث يكون بذلك ملكا للمسلمين بالسبق إليها، و ان لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۵

يحيوها أو لا

بـد فى ذلك من الاحياء فظاهر النبويان و ان كان هو الملك بذلك و لكن مضافا الى ضـعف السـند فيهما انهما مقيدان بالاحياء فلا يكون ملكا لأحـد بدونه كما فى جمله من الروايات و بالجمله ان التملك مشـروط بالاحياء فلا يتملك تلك الأراضـى بدون الاحياء فلا يعمل بالنبويان.

الجهه الثالثه: ان الحليه و الملكيه بالإحياء مختصّه بالشيعه

أو يشـمل غيرهم من المسـلمين أو لكل من أحياها مسلما كان أو كافرا، و الكافر أيضا ذمّيا كان أو حربيّا، فظاهر بعض الاخبار و ان كان هو اختصاص ذلك بالشـيعه الّا أن النبويان المتقدمان يدلان على شـمول الحكم لمطلق المسـلمين و لكنها ضعيفه السند، بل يمكن أن يراد من المؤمن فى بعض الاخبار من أحياها من المؤمنين مطلق المسـلم الذى آمن باللّه و برسوله و بيوم الأخر، أى المؤمن فى القرآن.

و لكن يكفى فى عموم الحكم لغير الشـيعه أيضـا العمومـات الوارده فى مورد شـراء الأـرض من الـذمى فقالوا (ع) أى قوم أحيوا أرضـا فهى لهم و هم أحق بهـا، فـان المورد و ان كـان هو الـذمى، و لكنه لا يكون مخصـصا بعـد عموميه الجواب فيكون شاملا لمطلق المحيى مسـلما كـان أو كـافرا ذميا كان أو كافرا حربيا، و هـذا الاخبار مـذكوره فى وسائل فى إحياء الموات، و ما دلّ من الاخبـار على كون موات الأـرض للشـيعه بالإحيـاء لاـ توجب التخصـيص لعـدم التنافى خصوصا مع الاحتمال المـذكور من كون المراد من المؤمن مطلق من آمن بـاللّه و برسوله و بيوم القيـامه فى الاخبار التى ذكر فيها المؤمن و من هنا قال صاحب وسائل فى عنوان المطلب ان الـذمى إذا أحيى مواتـا من أرض الصـلح فهى له قبـل هـذا الباب فعنوانه أيضا مطلق يشـمل مطلق المحيى و ان كان

من غير المسلم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۶

و الجهه الرابعه: فى أن الخراج الثابت فى تلک الأراضى على المحيى هل هو ثابت لكل من أحياها شيعه كان أو غيرها،

أو ثابت لغير الشيعه و ربما يقال بثبوته لكل من أحياها و لو كان المحيى هو الشيعه لصحيحه الكابلى فمن أحيى من الأرض من المسلمين فيعمرها و ليؤد خراجها الى الامام (عليه السلام) من أهل بيتى و له ما أكل منها.

و لمصححه عمر بن يزيد يقول: من أحيى أرضا من المؤمنين فهى له و عليه طسقها يؤديه الى الامام (ع) فى حال الهدنه فإذا ظهر القائم عليه السلام فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه الخبر، فالظاهر منها ان الحكم أعم فلا بدّ لكل من أحياها إعطاء الخراج الى الامام (ع) و عليه فيشكل القول بعدم وجوبه للشيعه لذهاب المشهور، بل فقهائنا أجمع الى عدم وجوب الخراج لهم، و حملها المصنف على وجهين، الأوّل: أنه يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب إيصال الطسق إذا طلب الامام (ع) لكن الأئمه بعد أمير المؤمنين عليه السلام حلّلوا لشيعتهم و أسقطوا ذلک عنهم، كما يدل عليه قوله (ع) ما كان لنا فهو لشيعتنا، و يحتمل حمل هذه الاخبار المذكوره على حال الحضور و الّا فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال الإمام فى حال الغيبه، بل الأخبار متفقه على أنها لمن أحياها.

الّا أنها بعيدان، بل أجنبيان عن ظهور الروايتين.

أما الأول: فلأن الظاهر من الروايتين إيصال الطسق الى الامام (ع) فى حال الهدنه كما هو ظاهر روايه عمر بن يزيد، و وجوب إخراج الخراج اليه كما هو ظاهر روايه الكابلى فحملهما على مجرّد الاستحقاق خلاف الظاهر، بل خلاف الصراحه.

و أما الثانى، فلأن الظاهر منها أيضا إخراج الخراج و إيصاله الى الامام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۷

(عليه السلام) مطلقا

و لو فی حال الغیبه و لـذا قال (ع) فی ذیل روایه عمر ابن یزید فإذا ظهر القائم فلیوطّن نفسه علی أن یؤخذ منه یعنی إذا لم یعطی ذلک الشخص الذی الأرض تحت یده فلیوطن الامام نفسه لأخذه منه.

و بالجمله فلیس فی شـی ء من الروایتین ما یدل علی الفرق بین الحضور و الغیبه و الاولی حملهما علی غیر الشـیعه للأخبار الداله علی تحلیل الأراضی للشیعه و کونهم محللون فیه کما فی روایه مسمع و غیرها و یؤید ذلک التفریق بین الشیعه و غیرها فی روایه مسـمع قـال (ع): فهم فیه محلّلون، و محلل لهم ذلک الی أن یقوم قائمنا فیجبئهم طسق ما کان فی أیـدی سواهم فان کسـبهم فی الأرض حرام علیهم حتی یقوم قائمنا و یأخـذ الأرض من أیـدیهم و یخرجهم منها صـغره، و أیضا یؤیـد ذلک ذیل روایه عمر بن یزیـد من قوله فـإذا ظهر القـائم فیوطن نفسه علی أن یؤخـذ منه مع ان قوله فیجبئهم طسق ما فی أیـدیهم ظاهر فی ان الخراج علی الشـیعه بعـد قیام الحجه و أما قبله فلا خراج علیهم و ککث الأخبار الداله علی أن الأرض کلها للإمام (ع) فالشـیعه فیها محللون إذ لا معنی للخراج بعد ثبوت التحلیل فیها الشامل للموات بالأصل أیضا.

و بـالجمله لا شـبهه فی دلاله غیر واحـد من الروایات علی عـدم ثبوت تحلیل ما للإمام من الأراضـی لغیر الشـیعه بـدون الخراج و کون کسبهم فیها حراما أدلّ دلیل، و أقوی قرینه علی ما ذکرناه من حمل الروایتین علی غیر الشیعه، کما هو واضح.

و توهم کون موردهما هی الشیعه فلا یمکن حملهما علی غیرها توهم فاسد بداهه ان روایه الکابلی لیس فیها سؤال حتی

نرى أنه شيعى أم غير شيعى و أما روايه عمر بن يزيد، فالراوى فيها و ان كان شيعيا و لكن المورد هو الرجل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۸

الشامل للشيعه و أهل السنه فلا وجه لحمله على الشيعه، بل نسخه الوسائل سئل رجل من أهل الجبل و من الواضح أن أهل الجبل سنى، بل ناصبى، فى زماننا هذا فضلا عن الزمان السابق الذى لم يكن من الشيعه اسم و لا رسم.

و يؤيد هذا الحمل ما فى ذيل روايه عمر بن يزيد من قوله (عليه السلام) فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه و من المعلوم أنه لو كان المراد منهم هى الشيعه لم يأخذ الإمام (ع) الأرض منهم، بل يبقى عندهم و يأخذ منهم الخراج و أوضح تأييد لذلك قوله (ع) فى روايه مسمع التفصيل بين الشيعه و غيرهم و جعل الشيعه فى حلّ فى الخراج و أما غيرهم فان كسبهم فى ذلك حرام فان حليته مشروطه بإعطاء الخراج فلم يعطوها للإمام (ع) فيجى ء الإمام (ع) فيخرجهم عنها صفره أى خاليه اليد أو صغره، أى صاغرا و ذليلا- على حسب اختلاف النسخه فيعلم من ذلك أن الخراج لغير الشيعه و أما الشيعه فهم فى حل من ذلك و مع الغضّ عن جميع ذلك فالروايات الداله على حليّه الأراضى للشيعه فى حال الغيبه تكون مقيد لهاتين الروايتين و بالجمله لا مانع من حملها على غير الشيعه بوجه.

قوله: و سيأتى حكايه إجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

أقول: المشهور، بل المجمع عليه أن الأراضى الموات بالأصل تكون ملكا لمن أحياها و لكن الظاهر خلافه، و توضيح ذلك أن الاخبار الوارده فى ذلك على ثلاث طوائف:- الأولى: ما دلّ

على أنها لمن أحياها و أنها له.

و الثانيه: ما دلّ على أن المحيى أحق بها من غيره.

و الثالث: ما جمع الأمرين الملكيه و الأحقيه و لا شبهه أن ما اشتمل على اللام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۲۹

فى كونه ظاهرا فى إفاده الملكيه و لكن لا بد من رفع اليد عن ظهوره و اراده مجرد الاختصاص من ذلك و ذلك من جهه أنه ذكر فى جمله من الاخبار التى تقدم بعضها فى الجهه الرابعه أن غير الشيعه لا بدّ و ان يعطى الخراج، و الّا فيكون كسبهم فى تلك الأراضى حراما و من الواضح أنه لا معنى لحرمه الكسب فى ملك نفسه، و وجوب إخراج الخراج منه فيعلم من ذلك أنه لم يحصل بالاحياء الّا مجرّد حق الاختصاص و اللام فى قولهم من أحيى أرضا فهى له، المجرد الاختصاص.

و بالجمله فيدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيه و بين الالتزام بورود التخصيص على دليل السلطنه أو الالتزام بتصرّف الامام (ع) فى ملك الغير بولايته الشخصيه بحيث حكم بثبوت الخراج و الّا فيكون الكسب حراما فلا شبهه أن الأول أولى و أسهل للالتزام كما لا يخفى و على هذا فيكون الحكم بعد جواز الكسب على طبق القاعده و كذلك إخراجهم من الأرض و أخذها منهم بعد ظهور الحجه فإن الملك ملك الغير فإذا لم يف المتصرف على ما شرطه عليه مالك الأرض فيكون كسبه حراما على حسب القواعد لكونه غصبا.

و من هنا اندفع ما توهم من أن التملك مشروط بأداء الخراج فإذا منعوا عنه فلا يكون الملك حاصلا.

و وجه الاندفاع أنه لا معنى للخراج مع الملكيه و أن رفع اليد عن الملكيه

أسـهل من رفع اليد عن دليل السـلطنه أو الالتزام بتصـرف الامام عليه السلام فى مال الغير مع كونه للغير بالولايه و هذا بخلاف ما قلنـا أن الأرض ملك للإمام و جواز التصـرف فيها مشـروط بإعطاء الخراج و الّا فيكون حراما كما هو كـذلك فى جميع الموارد بحسب القواعد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۰

و يـدل على ذلـك مضافـا الى ما ذكرناه أمران، الأول: ما ورد فى الاخبار الكثيره من أنه ليس لمحيى الأرض تعطيلها و الّا فلغيره إحيائها و إجراء أنهارها فيكون أحق به من غيره و قـد عقـد فى الوسائل باب لـذلك فى إحياء الموات و ان لم يتعرّض له الفقهاء فلو كان الاحياء موجبا للملكيه فلما ذا سقط حقه بالتعطيل أزيد من ثلاث سنوات فان الناس مسلطون على أموالهم يفعلون فيها ما يشـائون فهـل لأحـد ان يزاحمه فى أموالهم الشخصـيه لمكـان التعطيـل فيعلم من أنه لم يثبت لمحيى الأـرض الّا حق الاختصاص فيزول بالعطله أو بعدم الوفاء بالشرط أعنى إعطاء الخراج، نعم حلل ذلك لشيعه كما هو واضح.

الأـمر الثـانى: انه لو كـانت الأراضـى الموات بالأصل مملوكه للمحيى لكان ملكا لهم دائما مع أنه ذكر فى روايه مسـمع أن الحل ثبت فيها للشـيعه و ليس لهم فيها خراج الى ان يقوم صاحب الأمر و بعـده فيجيئهم طسق ما فى أيديهم و اما غيرهم فكسـبهم فيها حرام لعـدم إعطائهم خراجها و بعـد القيام يخرجهم من الأرض و ينزعها من أيـديهم و فى ذيل روايه الكابلى أن الشـيعه فى حل فى تلـك الأراضـى و ليس فيهـا عليهم خراج الى أن يقوم القـائم (ع) فيضـرب عليهم الخراج فيها فلو كان الاحياء موجبا للملكيّه فتكون تلك الأراضى كسائر

الأملاک الشخصیه فهل یتوهم أحد أن الامام یضرب الخراج لها علی الملاک أو یأخذها من ید غیر الشیعه فکل ذلک دلیل علی عدم حصول الملکیه للأراضی المیته بالاحیاء، و انما الثابت لهم فی ذلک مجرّد حق الأولویه و الاختصاص بحیث لا یزاحمهم غیرهم فی ذلک.

لا- یقال أنه لا شبهه فی جواز بیع تلک الأراضی کما فی الاخبار الداله علی اشترائها من ذمی فلو لم تکن ملکا فلا وجه لجواز البیع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۱

فإنه یقال نعم، لا- شبهه فی جواز البیع و لکن لا یدل ذلک علی کونها ملکا للمحیی، بل یبیع منها ما ثبت له من الحق فیها فان البیع کما عرفت هو التبدیل بین الشیئین بحیث یقوم کل منهما مقام الأخر فی جهه الإضافه ففی المقام یقوم بالمبادله کل من العوض و المعوض مقام الأخر فالعوض هو الثمن و المعوض هو الحق الثابت فی تلک الأرض کحق التحجیر و حق الجلوس کما هو المرسوم فی الیوم فی الدکاکین المسمی فی الفارسیه (بسر قفلی) فجواز البیع من هذه الجهه.

و مما ذکرناه انحل الفرع المبتلی به کثیرا و قد سئلنا عنه مرارا و هو ثبوت الخمس فی نفس الأرض الموات بعد الأحیاء إذا کان الإحیاء للتجاره دون مؤنه نفسه و عیاله فإنه علی ما ذکرناه لا خمس فی نفس الأرض لعدم کونه ملکا للمحیی لیدخل تحت المنافع الحاصله یوما فیوما، بل یثبت الخمس فی منافعها بعد مضی الحول کما هو واضح.

و الحاصل: أن الکلام کان فی أن الأراضی المیته هل تملک بالإحیاء أم لا، و قلنا أن المشهور، بل المجمع علیه و ان کان هو التملک بالاحیاء.

و لکن الظاهر هو عدم حصول الملکیه

لأحد بالاحياء و يدل على ذلك ثبوت الخراج لغير الشيعه و ثبوت التحليل لهم مع انه انما يناسب التحليل و الخراج مع عدم الملكيه و كذلك يدل عليه حرمه كسب غير الشيعه فى تلك الأراضى و إخراج الأرض من أيديهم بعد قيام الحجه و جعل الطسق للشيعه كما فى روايه مسمع حيث قال فيجيئهم طسق ما كان فى أيديهم، مع أنه لو كان ملكا للمحيى لم يكن مجال لشى ء من المذكورات.

و ذكر أنه لا وجه للقول بالملكيه إلّا ظهور اللام المذكور فى جمله من الاخبار من أنه من أحيى أرضا مواتا فهى له فى الملكيه لا مجرّد الاختصاص.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۲

و فيه أنه مضافا الى أن المذكور فى عده من الروايات هى الأحقيه فلو لم تكن ذلك قرينه لإراده مجرد الاختصاص من اللام فتكفينا القرائن المذكوره لرفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيه لأنه يدور الأمر بين رفع اليد عن ظهور اللام فى الملكيه و بين الالتزام بكون الخراج و حرمه الكسب و إخراج الأرض من أيدى غير الشيعه فى زمان الظهور التصرف فى ملك الغير، و لكن مع التصرف فى أدله حرمه التصرف فى مال الغير و حرمه أكله إلّا بإذنه بدعوى أن الامام أولى بذلك من نفس المالك فلا ريب أن الأول أولى برفع اليد من الثانى.

و أما أخبار التحليل فهى على طائفتين، الأول: ثبوت التحليل للشيعه و كونهم محللون فى الأرض و فى مال الامام (ع).

و الثانيه: ما دلّ على التحليل بلسان أنه ما كان لنا فلشيعتنا فهم فيه محللون فلا ريب أنه لا بدّ من رفع اليد من ظهور اللام فى الملكيه فى قولهم لشيعتنا و اراده التحليل

المجرد إذ مفادها هو العام من غير اختصاص المحيى و غيره، و من البديهى ان غير المحيى لا يملك الأرض إجماعا، فيعلم من ذلك أنهم محلّلون فى ذلك لسهوله الأمر و طيب الولاده كما تعارف هذا التعبير كثيرا يقال فى مقام الاذن للغير فى التصرّف فى المال أن ما كان لى فهو لك أى يباح لك التصرّف فيه كيف شاء.

و بالجمله لا يستفاد من شى ء من أخبار التحليل التمليك أيضا.

و دعوى ان اللام قد استعمل فى جميع مراتب الاختصاص و انما يرفع اليد عنه بالنسبه الى غير المحيى، و اما فى المحيى فنلتزم بالملكيه دعوى جزافيه، فإنه ان كان المراد من ذلك إراده الملكيه و غير الملكيه فى استعمال واحد فهو غير جائز فلا يمكن فى استعمال واحد، و ان كان المراد اراده الجامع و المطلق الشامل لها ففيه أن المعانى الحرفيه غير قابله للإطلاق و التقييد، بل انما يراد اما مطلقا أو مقيدا كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۳

ثم ان هنا وجها ثانيا أدق لعدم إراده الملكيه من اللام فى اخبار التحليل بدعوى أن الامام (ع) قد حلّل ما له للشيعه مع انحفاظ إلهيه له، أى حال كونها له فهى للشيعه من غير تقييد بزمان الحال و الماضى و الاستقبال و المحيى و غيره و من البديهى هذا لا يجتمع الّا مع التحليل إذ بالتمليك لا يحفظ لهبه الامام (ع) و مالكيته على ان لكل إمام أن يفعل ذلك و يحلل فلو أريد التمليك من تحليل أحدهم (عليهم السلام) لما بقى موضوع للثانى، و القول بعود الملك ثانيا الى الامام الثانى بعد الأول التزام بلا وجه.

و اما الخراج فلا دليل على

ثبوته للشیعه إلّا إطلاق روایتین أحدهما مصححه عمر بن یزید و الثانیه روایه الکابلی، أما الأول فالظاهر من نفسها انه لغیر الشیعه و لـذا قـال فی ذیلهـا فـإذا ظهر الامام فلیوطن نفسه علی أن یؤخـذ منه، و اما الثانی فلیس دلالتها إلّا بالإطلاق کما فی ذیل الروایه فإن الاسـتثناء یدل علی دخول الحکم فی المسـتثنی منه بإراده استعمالیه و ان لم یعلم دخوله فیه بإراده جدیه فهذا الظهور المبنی علی الإطلاـق دون الوضع لاـ بـدّ من رفع الیـد عنها و تقییـدها بروایه مسـمع لیحمل علی غیر الشـیعه و ان أبیت الّا من إبقائها فی ظاهرها فیقع المعارضه بین روایه الکابلی و بین روایه مسـمع الـداله علی عـدم ثبوت الخراج للشـیعه فی حال الغیبه حیث قال فیها «فیجیئهم طسق مـا کـان فی أیـدیهم» قبل ظهور الامام (ع) فیعلم من ذلک أنه لا خراج علیهم قبل المجی ء و بعـد التساقط یرجع الی اخبار التحلیل.

القسم الثانی: أن تکون عامره بالأصاله

اشاره

کأطرف الشطوط و سواحل الأنهار و بطون الأودیه و رؤس الجبال و الجزائر المعموره بالأصاله و قلنا أن معنی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۴

کونهـا عـامره بالأصـاله هو کونهـا عـامره بلاـ عـامر، و قـد عبر المصـنف فی ذلـک بقوله عـامره بلا معمر، و الظاهر أنه لم یوجد استعمال المعمر فی التعمیر بل استعمل اسم الفاعل منه عامر و المعمّر من العمر، یقال لمن عمره کثیر.

و هذا القسم أیضا لا شبهه فی کونه للإمام (ع) و ان لم یرد نصّ خاص علی کونه للإمام (ع) کما ورد فی القسم الأول و لکن

یدل علی ذلک طائفتین من الروایات

الأولی الأخبار الداله علی ان مطلق الأرض للإمام (ع)

و لیس للغیر فیهـا إلاـ حق الاختصاص بالتعمیر و العمل، بل فی روایه سـهل أن الأرض للّه و وقف للعباد فلا تکون ملکا لأحـد و من هنا ذکر فی بعض الروایات أنه لیس لأحـد تعطیلها أزیـد من ثلث سـنین و قد ذکر جمع الی کون مطلق الأرض لیست لأحد، بـل للإمـام (ع) کصـاحب البلغه و الشـیخ الطوسـی علی مـا حکی عنه، و المحقق الاـیروانی و غیرهم، و انمـا الشـیعه محلّلون فی ذلک، فإطلاق شامل لما نحن فیه أیضا، و قد استشهدنا بها علی عدم الخراج للشیعه، و اما غیر الشیعه فلم یثبت لهم فیها تحلیل.

الثانیه: ما دلّ علی کون الأرض التی لا رب لها من الأنفال و الأنفال للإمام (ع)

کحسنه علی بن إبراهیم و روایه العیاشی عن أبی بصیر، فان ما کان عامرا بالأصاله من الأرض فهی للإمام علیه السلام.

نعم، فی مرسله علی بن إبراهیم عن حماد، عن بعض أصحابنا، عن العبد الصالح تقیید الأرض التی لا ربّ لها بکونها میته و لکن لا یدل ذلک علی التقیید و اختصاص الحسنه أیضا بالمیته أما إذا لم نقل بثبوت المفهوم للوصف کما لم نقل فواضح، فان القید التی بها للغالب فان القول بمفهوم الوصف من جهه أن لا یکون القید لغوا و إذ اعتذرنا عن عدم لغویه القید بجمله مورد علی الغالب فلا یکون الوصف لغوا فلا ینحصر عدم اللغویه بإثبات

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۵

المفهوم فقط.

و اما بناء علی القول بمفهوم الوصف کما مشی المصنف علی هذا المبنی فأیضا لا یصلح للتقیید فإنه أولا إنما یوجب الاحتراز و التقیید دالا علی المفهوم إذا لم یرد مورد الغالب کما فی المتن و الّا فلا مفهوم له کما فی قوله تعالی وَ رَبائِبُکُمُ اللاّتِی فِی حُجُورِکُمْ مِنْ نِسائِکُمُ اللاّتِی

دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فان كون الربائب فى الحجور من جهه الغلبه و ثانيا أن حمل المطلق على المقيد انما فى مورد يكون بينهما التنافى كأعتق رقبه و لا تعتق رقبه كافره و أما فيما ليس بينهما تناف فلا وجه للحمل كقوله الخمر حرام و كل مسكر حرام، و هكذا و لكن هذا لا يجرى فى المقام لان معنى كلام المصنف على فرض كون القيد للاحتراز و معه يكون التنافى بين المطلق و المقيد من الواضح بمكان و لكن الذى يسهل الخطب هو ما ذكرناه من عدم المفهوم للوصف، بل يمكن منع الغلبه فإنه من أين أحرز أن الغالب فى الأرض التى لا رب لها هى الميته، بل فى كثير النقاط أن الأراضى التى لا رب لها و ليست ميته كأراضى الجبل مازندران و غيرها كثيره جدا، و اما ما فى تقرير شيخنا الأستاذ من الاستدلال بذلك بقولهم (ع) و كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام فليس بروايه و لم نجده فى كتب الحديث.

و الحاصل: أن ما كان عامرا بالأصل فهو للإمام (ع) للأخبار الداله على أن مطلق الأرض للإمام عليه السلام و للأخبار الداله على أن كل ارض لا ربّ لها فهى للإمام، و ما فى مرسله الحماد من أن كل أرض ميته لا ربّ لها فهى للإمام، لا يصلح لتقييد ذلك إذ القيد ورد مورد الغالب كقوله تعالى وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ فلا مفهوم له، فلا يكون للاحتراز.

و لكن لا وجه لذلك فإنه من أين أحرز أن القيد محمول على الغالب إذ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۶

لا وجه للقول بأن أكثر الأرض التى لا رب لها ميته

مع أن أكثرها معموره بلا شبهه، كأراضى الهند و جبل مازندران و غيرهما مع أنه لا تنافى بين المطلق و المقيد فلا وجه لحمل أحدهما بالاخر الّا أن يقال ان القيد إذا كان للاحتراز فيكون بينهما تناف فيحمل المطلق على المقيد و الذى يسهل الخطب أنه لا مفهوم للوصف و عليه فلا يكون بينهما تناف فضلا عن حمل أحدهما بالاخر نظير كل مسكر حرام و الخمر حرام و أعتق رقبه و أعتق رقبه مؤمنه.

على أن روايه حماد مرسله فليست قابله لتقييد الحسنه التى دلّت على أن مطلق الأرض التى لا ربّ لها فهى للإمام عليه السلام هذا كله فى كونها للإمام عليه السلام.

ثم انه لا يختص حق الأولويه أو الملكيه بالإحياء، بل يعم العمل و جرى الأنهار و تكثير الأشجار و إصلاح بعض الخصوصيات و عليه فكل أرض معموره بالأصل، وضع عليه اليد و عمل فيها، فيجرى فيها الجهات المتقدمه فى القسم الأول من البحث، من أنه لا فرق فى ذلك بين الشيعه و غير الشيعه و بين المسلم و غير المسلم، و فى أنه هل يحصل التملك بذلك أم لا؟ و هل الخراج الثابت فيها لمطلق من وضع عليها اليد و لو كان العامل فيها هى الشيعه أو يختص بغير الشيعه، و أما لو لم يكن فيها عمل فلا وجه لهذه الأبحاث، بل هى باقيه على ملك الامام، فلا يجوز لأحد أن يتصرّف فيها للأخبار الداله على حرمه التصرف فى مال الغير إلّا بإذنه.

نعم، فالشيعه بالخصوص محللون فيها للأخبار الداله على أن كلما للإمام فهو حلال للشيعه، و قد تقدم أن ما فى بعض تلك الاخبار من التعبير بان ما لنا فهو لشيعتنا فللأم

يفد الملكيه قد تقدم جوابه.

ثم الكلام يقع فى أنه هل تحصل الملكيه لهذا القسم من الأرض بالحيازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۷

و السبقه و وضع اليد عليها أم لا وجهان، الظاهر انها لا تكون ملكا لأحد بالحيازه، و اختار المصنف كونها ملكا بالحيازه و استدل عليه بالنبوى المعروف من سبق الى ما لم يسبقه أحد فهو أولى به.

و فيه مضافا الى أنه ضعيفه السند أنه لا دلاله فيه على الملكيه، فإن غايه ما يستفاد منه أن المحيز يكون أحقّ الى ما سبقه اليه فلا تحصل بذلك السبق ملكيه للسابق الى تلك الأراضى.

و ثانيا على تقدير أن المراد من الأولويه و الأحقيه هى الأولويه الملكيه دون مجرّد حق الاختصاص فما نحن فيه خارج عن ذلك فإنه فى مورد لا يكون ملكا لأحد، بل من المباحات الأصليه فيكون السبق إليها موجبا لحصول الملكيه و كالأوقاف العامه من الخانات و الرباط و المساجد، فان السبق فيها يفيد حقّ الاختصاص.

و أما فى أملاك الغير فلا يفيد السبق شيئا لا حقّ الاختصاص و لا الملكيه و الّا لجاز لكل أحد أن يأخذ مال غيره و يتملكه بالسبق و يكون ذلك من جمله الأسباب و الوسائل لأكل مال الناس، فلا يلتزم به متشرع و لا فرق فى ذلك بين مال الامام و غيره، فإنه أيضا لا يجوز التصرف فى مال الامام عليه السلام الّا باذنه، و أما التمسک فى ذلک بقوله «من حاز ملكا» فلا وجه له لعدم كونه روايه، و على فرض كونه روايه فإنما هو فى المباحات الأصليه لا فى أموال الناس.

و ربما يقال بحصول الملكيه هنا بقوله عليه السلام من استولى على شى ء فهو له، كالاستدلال

به فی مطلق الحیازات.

و فیه أن هذا و ان کان صحیحا من حیث السند و لکن لا دلاله فیها علی المطلوب إذ غایه ما یستفاد منها أن الکبری مسلم و أن أسبق و الاستیلاء علی شی ء یوجب الملکیه و لکن لا یثبت الصغری و أن مال الامام علیه السلام یکون

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۸

ملکا لأحد بالسبق، بل هو من هذه الجهه کأموال سائر الأشخاص فلا یکون الاستیلاء علیه الّا غصبا لا مملکا.

علی أن هذه الجمله المبارکه المذکوره فی ذیل بعض الروایات الراجعه الی أن مات الزوج و الزوجه و لم یعلم أیهما مقدم و أیهما مؤخر و کانت لکل منهما أموال مخلوطه بالاخر فقال علیه السلام من استولی علی شی ء فهو له بمعنی أن کل ما یکون مختصا بالرجل فهو له، و کل ما یکون مختصا للمرأه فهو لها للاستیلاء و الید، اذن فالروایه من أدله الید و انه طریق الی کشف الملکیه و کاشف عنها لا أنها تدلّ علی کون الاستیلاء مملوکا.

و بعباره أخری أن الاستیلاء دلیل الملکیه و کاشف عنه لا أنه مملک کما لا یخفی، فافهم.

اذن فلا یبقی دلیل معتبر لأصل کون الحیازه مملکه فضلا عن دلالتها علی الملکیه فی أموال الغیر، إلّا فی الموارد الخاصه التی ورد الدلیل بالخصوص علی إفاده الحیازه الملکیه کما فی الصید و نحوه، نعم السیره القطعیه العقلائیه الممضاه للشرع قائمه علی کون الحیازه مملکه، بل هذا المعنی فطری الحیوانات فإنه بعد سبق حیوان علی صید و فریصه و أخذه فلا یزاحمه الأخر، بل یرفع الید عنه، بخلافه قبل الأخذ فإنهما یتسابقون فی الأخذ.

نعم، یمکن الاستدلال علی التملک بالحیازات لقوله علیه السلام فی ج

۳ الوسائل، عین الدوله عن السکونی عن جعفر بن محمد عن آبائه عن علی علیه السلام أنه سأله عن رجل أبصر طیرا فتبعه حتی وقع علی شجره فجاء رجل آخر فأخذه قال للعین ما رأت و للید ما أخذت، فإن قوله علیه السلام للید ما أخذت أن ما حازه الإنسان ملکه فمفاد ذلک نظیر من حاز ملک یدل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۳۹

علی أن المحیز یملک کلما حازه، و لکنه ضعیفه السند للسکونی و أیضا لا یشمل المقام لما عرفت أنه لا یملک الإنسان مال غیره بالحیازه و السبق و انما ذلک فی المباحات الأصلیه.

و تحصّل من جمیع ما ذکرناه أن الأرض العامره بالأصاله فهی للإمام علیه السلام، فلاحظ الأخبار الداله علی کونها للإمام و الاخبار الداله علی الحقیقه بالاحیاء و العمل فلا یملکه أحد بالحیازه الّا أن یعمل فیها عملا بأن للعامل حق الاختصاص فقط، فیجب علیه الخراج أن کان غیر شیعی فلا یجوز لغیر الشیعه أن یتصرّف فیها، بل لو حازها غیر الشیعه فلها أخذها من یده لکونه غاصبا فلا یقاس ذلک بالموات بالأصل.

القسم الثالث: ما عرض له الحیاه بعد الموت فهل تکون ملکا للمحیی أو لا؟

وجهان، قد تقدم الکلام فیه فی القسم الأول، فإن البحث فی القسم الأول کان فی الموات بالأصل و أنه یصیر ملکا للمحیی أم لا؟ و هذا القسم عین القسم الأول، غایه الأمر حصل فیه الاحیاء الذی سبب الملکیه أو سبب لحق الاختصاص، فالبحث عن ان المحیی یملک أو لا یملک، یغنی عن البحث عن أن الحیاه فی الأرض توجب الملکیه أم لا؟

فتحصل أن الأرض التی کانت عامره بالأصل فهی للإمام و لکن حللها للشیعه و من عمل فیها، بل فی بعض الروایات وقف للعباد و ان کان

ضعيفا لوجود سهل بن زياد فى طريقه و هى ليست ملكا لأحد و لا تملك بالحيازه و كذلك أشجارها لكونها تابعه للأرض و من نماءتها فلا ينفك حكمها عنها.

نعم، يمكن دعوى السيره القطعيه على أن من حاز من أشجارها فملكها و لو كان المحيز من أهل الخلاف، بل من أهل الذمه من الكفار إذ لم نسمع الى الآن من ردع الحطابين من غير الشيعه عن شغلهم و أخذ الأئمه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۰

غيرهم من المتشرعه الحطب من أهل الذمه إذا حازوها و جائوا بها الى البلاد للبيع و الشرى، بل يعاملون معها معامله الملك و يشترونها منهم فلو كانت الحيازه فيها لا توجب الملكيّه و كانت الأخشاب و الأحطاب باقيه على ملك مالكها أعنى الإمام (ع) لكانوا يعاملون معها معامله مال الغير فهل يملك أحد ما أخذه من أرض الغير من الأشجار و الأحطاب.

و بالجمله و ان كانت الأرض المعموره بالأصل للإمام (ع) و لا تكون ملكا لأحد بالحيازه و كانت نماءاتها تابعه لها حسب القاعده و لكن نفك بين الأرض و نمائها بالسيره القطعيه القائمه على ملكيّه المحيز بما حازه من أشجار تلك الأرض و احطابها كما لا يخفى على المتأمل.

أقول: يمكن منع السيره لوجهين، الأول: أن الأئمه (ع) لما اقتدروا على الردع، و الثانى: انه لم يكن فى حوال المدينه أو العراق اللتان فى تحت سلطنتهم فى زمان سلطنتهم أرض تكون معموره بالأصاله و جائوا منها أشجارا و أحطابا حتى يعامل معها معامله الملك بالحيازه كما لا يخفى.

أما القسم الرابع: من الأرض فهى ما كان خرابا بعد العماره و مواتا بعد ما كان محياه

اشاره

فهى على قسمين:-

الأول: ما باد عنها أهلها و صارت خربه لذلك و بانجلاء أهلها عنها

فقد ورد فى جمله من الروايات أنها للإمام (ع) و هى خارجه عن موضوع بحثنا.

القسم الثانى: أن يكون خرابها مستندا الى التعطيل و الترک

و جاء الثانى و عمرها و أجرى أنهارها فهل يزول بذلك حق الأول؟ فيكون حق الاختصاص أو التملك للثانى أو لا يزول حقه مطلقا، أو يفصّل بين ما كان تملك الشخص الأول بالاحياء فيزول حقه أو بغير الاحياء من الهبه و الاشتراء و نحوها فلا يزول حقه

بذلک و القول بالتفصیل منقول عن العلامه فی التذکره

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۱

بـل فی الجواهر نقل الإجماع عنه علی ذلک الّا أن کلام العلامه خال عنه و لیس فیه دعوی الإجماع، بل و لم ینقل من أحـد قبل العلامه.

و قـد اسـتدل علی کون الثـانی أحق من الأـول بروایـات الاحیاء فان إطلاق الاخبار الـداله علی أن من أحیی أرضا فهی له، کون المحیی الثانی أحق.

و فیه أن تلـک الأخبـار بإطلاقهـا دلّت علی أن من أحیی أرضـا فهی له من غیر تقییـد بکونها للمحیی ما دام الحیاه أو مطلقا و لو بعـد الخراب و علی هـذا فهی تـدلّ علی کون الأول أحق بها من الثانی إذ بعد کون الأرض متعلقا لحق الغیر أو کونها ملکا للغیر فلا تکون مشـموله لأدله الاحیاء فان أدله عـدم جواز التصـرف فی ملک الغیر أو حقه حاکمه علی أدله الاحیاء و جواز التصـرف فی المباحـات الأصـلیه و لاـ تعـارض بینها و الّا فلزم ملاحظه التعارض بین أدله حرمه التصـرف فی مال الغیر و بین عمومات أدله صحه البیع و تجاره عن تراض و نحوها.

و بالجمله لا وجه للاسـتدلال فی المقام بأدله الإحیاء کما لا یخفی، و العمده فی المقام الاستدلال علی ذلک بالأخبار الداله علی أن من

أتى الأرض الخربه فأحياها فهى له، و قد ذكر ذلك فى جمله من الروايات، و العمده منها صحيحتان إحداهما صحيحه الكابلى فإن فيها و الأرض كلّها لنا فمن أحيا أرضا من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام (ع) من أهل بيتى و له ما أحل منها (فان تركها أو أخر بها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و أحياها فهو أحق بها من الذى تركها).

و ثانيهما صحيحه ابن وهب فى ج ١٠ و فى ص ١٣١ فان فيها «قال سمعت أبا عبد اللّه عليه السلام يقول أيما رجل أتى خربه بائره فاستخرجها و جرى أنهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقه فإن كانت أرضا لرجل قبله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۲

فغاب عنها و تركها و أخرجها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض للّه عز و جل و لمن عمّرها، فان مقتضى هاتين الصحيحتين ان الحق للثانى و اما الأول فسقط حقه بخراب الأرض و ليس له فيها حق.

و لكن فى المقام صحيحتان تدلان على عدم زوال حق الأول بذلك بل يجب على الثانى أن يعطى حق الأول من الأرض إحداهما صحيحه سليمان بن خالد فى ج ٢ التهذيب ص ١٥٨ (قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل يأتى الأرض الخربه فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه قال: عليه الصدقه، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليؤدّ إليه حقه) و ثانيهما صحيحه الحلبى فى ج ٢ التهذيب ص ١٧٣ و فيها (عن الرجل يأتى الأرض الخربه الميته فيستخرجها و يجرى أنهارها و يعمرها و يزرعها ماذا عليه فيها؟ قال: الصدقه، قلت: فان كان يعرف صاحبها؟ قال: فليرد

اليه حقه) و هاتان الروايتان متحدتان من حيث المضـمون و الألفاظ، و قد يقع التعارض بين الطائفتين و حيث أن روايتى سـليمان بن خالد و الحلبى مطلق من حيث أن الملك كان مستندا بخصوص الإحياء أو كان مستندا الى غيره من الشرى و الهبه و نحوهما بحيث يمكن ان تكون الخربه من الملـك بالإحيـاء، أو الملك بالشـراء، و روايه الكابلى داله على ان الملك أو الاختصاص كان من جهه الإحياء فقط، و انما صارت الخربه عن الملك بالاحياء فتكون روايه الكابلى مقيده لروايه سـليمان بن خالد فتكون روايه ابن خالـد مختصّه بخصوص التملـك بغير الاحيـاء و حيث ان روايه ابن وهب كانت مطلقه من حيث أن الملك بالإحياء أو بغيره فتكون روايه سليمان بعد التقييد خاصه و روايه ابن وهب عامه بعد انقلاب النسبه فتكون روايه ابن وهب مقيده بروايه سليمان بن خالد فتصير النتيجه أن الأرض التى كانت مملوكه بالإحياء أو متعلقا لحق المحيى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۳

بـذلك فليس فيها حق لمن تركها اعنى المحيى الأول و أما لو كان المالك الأول مالكا بغير الاحياء كالشـراء و نحوه و تركها أو أخربها و عمرها شخص آخر، فلا بدّ من أداء حقه لسبق حقه عليه و عليه فيثبت القول بالتفصيل المحكى عن العلامه، فربما ترمى روايه سـليمان الى ضـعيف السـند تاره و الى الإرسال أخرى، كما فى البلغه و حاشيه بعض مشايخنا المحققين، إذ لا نعرف وجها لها بعـد كونها صـحيحه السـند، فإنه لا شائبه فى سـندها بوجه و على تقـدير كونها ككـ، فروايه الحلبى بعين ذلك المضـمون و الألفاظ فهى صحيحه و مع الغض عن جميع ذلك فلا وجه لتوهم انجبار

ضعیفها بعمل المشهور إذ لم ینقل القول بالتفصیل الّا عن العلامه و ذکر الإجماع فی کلامه لعله سهو من قلم صاحب الجواهر علی أنه لا نسلم أصل الانجبار کما لا یخفی.

و هذا الجمع بحسب الکبری، و ان کان صحیحا کما ذکرناه فی التعادل و التراجیح، و قلنا أن المناط فی باب التعارض هو تعارض الحجتین و لو بعد ملاحظه النسبه بین بعضها مع بعض الأخر و لا یقتصر النظر فیه الی التعارض البدوی.

و لکن یرد علی هذا الجمع بالخصوص هنا أمران: أحدهما: انه ان کان النظر فی الأراضی المملوکه بما کان مملوکا به مطلقا، و لو کان الاحیاء مبدء فی التملک، و الّا فالأسباب القریبه للتملک هو غیر الاحیاء فلا یبقی مورد لروایه سلیمان بن خالد الّا نادرا، فیلزم حملها علی المورد النادر فهو بعید إذ قلما توجد من الأراضی أن لا ینتهی مبدء التملک فیها الی الاحیاء فان أصل التملک فی أکثرها هو ذلک، نعم قد یکون المبدء فیه هو قطع الأرض من الأئمه لشخص.

و بالجمله بعد قید روایه سلیمان بن خالد بروایه الکابلی فاختصت

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۴

روایه سلیمان بالأراضی المملوکه بغیر الاحیاء و إذا قلنا بان المراد من الأراضی المملوکه بالاحیاء مطلق ما کان أصلها مملوکه بالاحیاء، فلم یبق مورد لروایه سلیمان الّا نادرا فلا یمکن الالتزام بذلک، و ان کان النظر فی سببیه الإحیاء أو غیره التملک الی السبب القریب دون السبب البعید، فحینئذ و ان کان المورد لروایه سلیمان کثیرا و لکن لم یبق لروایه ابن وهب الّا قلیل فإن أکثر الأراضی لو لم یکن کلها انما هی مملوکه بغیر الاحیاء فعلا فإذا أخرجنا الأراضی المملوکه بغیر

الاحياء عن تحت روايه ابن وهب بروايه سليمان، و قلنا بأنه لا بدّ فى ذلك من ردّ حق المحيى الأول لكان الباقى تحت روايه ابن وهب الأرض المملوكه بالإحياء الذى يكون سببا قريبا للتملك بحيث كان تملك المالك لها بالاحياء و صارت خربه عن التملك بالاحياء من دون تعلق البيع و الشراء عليها و مثل ذلك لا يوجد الّا قليل.

و بالجمله ان هذا الجمع انما استلزم لحمل إحدى الطائفتين على المورد النادر فهو غير مرضى كما لا يخفى.

الثانى: فهو العمده هو أنا ذكرنا فى باب التعادل و التراجيح أنه إذا ورد مطلق أو عام ثم ورد خاصان أو مقيدان و كان بين الخاصتين عموم مطلق جاز تخصيص العام أو تقييد المطلق بكلا الخاصين الذين بينهما عموم مطلق لعدم التنافى بينهما مثلا إذا ورد أكرم العلماء ثم ورد لا تكرم العاصين منهم، ثم ورد و لا تكرم المرتكب للكبائر فلا شبهه فى تخصيص العام بكل من الخاصين، إذ لا تنافى بينهما بوجه و مقامنا من هذا القبيل، فإن روايتى سليمان بن خالد و الحلبى عام من جهه أن الأرض الخربه التى جائها المحيى الثانى أعم من ان تكون مملوكه بالإحياء أو بغير الاحياء، فصارت خربه و أن كونها خربه أعم من ان تكون مستنده الى تركها و خرابها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۵

كما فى روايتى الكابلى و ابن وهب، أو كانت الخربه بالقهر و الاضطرار كمنع الغاصب و الجائر و جريان السيل و إتيان المطر و عدم قدرته على الاشتغال و نحوها من الموانع بحيث لا يكون الخراب بالترك الاختيارى و اخرابا من المحيى و روايه ابن وهب و ان كانت فى نفسها أعم

من كون الملكيه بالإحياء أو بغيرها لعدم فرض الاحياء فيها و لكنها أخص من روايه سليمان بن خالد لان الخراب فيها من الترك الاختيارى أو الخراب الاختيارى كما هو مقتضى عطف إخرابها على تركها فى روايه الكابلى.

و روايه الكـابلى مختصّه بخصوص التملـك بالاحيـاء و ان كـانت من جهه الترك و الخراب مساويه فتكون أخص من روايه ابن وهب، فمفـاد كلا الخاصّـين هو ان المحيى أحق بما أحياه من الأرض الخربه سواء كانت مملوكه بالإحياء أو بغيرها، و أنه لا حق للمحيى الأول فلا بعد فى ذلک فهو واضح بناء على عدم كون الأراضى مملوكه لأحد كما اخترناه للروايات الداله على أن الأرض كلها للإمام و ان كان قد ورد لها تخصيص فى جمله من الموارد كالاملاک الشخصيه و الموارد المفتوحه عنوه و غير ذلک، و ان من وضع عليه اليد بالإحياء أو العمل لا يزيد الّا حقّ الاختصاص و الأولويه، بل فى روايه سهل و ان الأرض كلها للّه فهى وقف للعباد و لكنها ضعيفه و من الواضح انه لا يجوز تعطيلها لان غرض الشارع عماره الأراضى و انها ليست كسائر الاملاک كالكتب و نحوها حق يفعل مالكها فيها ما يشاء و لو عطلها خمسين سنه، بل فى بعض الروايات لا يجوز تعطيل الأرض أزيد من ثلث سنوات فان طبع الأرض تقتضى ان تعطل سنه أو سنتين أو ثلاث سنوات للتقويه و اما إذا صار أكثر فيبتنى ذلک بالمسامحه و بتعطيل مال الامام و ما هو وقف للعباد و قد ذهب الى عدم كون مطلق الأراضى ملكا لأحد جمله من الأعاظم كصاحب البلغه و غيره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۶

و بالجمله لا شبهه فى

أنه بناء على عدم كون الأرض ملكا لأحد يكون أولويه المحيى الثانى بمكان من الوضوح لعدم لزوم التصرف فى دليل حرمه التصرف فى مال الغير.

و أما بناء على أن الأرض تملك كما هو المشهور و المعروف، فك أيضا فإنه بمقتضى ما دلّ على أولويه المحيى الثانى و كونه أحق بالأرض المحياه من المحيى الأول نلتزم بالتصرف فى أدله حرمه التصرّف فى مال الغير إلّا بإذنه فان اذن الشارع أسبق و شرط اللّه قبل شرطكم كما فى روايه الطلاق من يب و على كل حال نقيد بهما معا روايتى سليمان بن خالد و الحلبى فتصير النتيجه أن المحيى الثانى أحق بالأرض فليس للأوّل مزاحمته لكونه كسائر الناس فى ذلك و لا حق له فى الأرض الّا أن يكون الخراب بنفسه أو لمنع الجائر و الغاصب عن الاحياء أو لكثره الماء و طغيان الشط عليه و نحوها فان فى أمثال ذلك فلا يزول حق المحيى الأول، بل هو أحق بالأرض و ان جائها الثانى فأحياها و عمّرها، فليردّ إلى الأول حقه و هذا هو القول الرابع فى المسأله و الظاهر لم يقل به أحد فيما نعلم.

الكلام فى بيع الأراضى المفتوحه عنوه

اشاره

ثم ان

المصنف لما تكلّم فى أحكام الأرضين تكلم فى الأراضى المفتوحه عنوه لتكميل الأقسام

فنقول

أن الأراضى المملوكه للكفار على أقسام:

الأول: أن تكون باقيه على ملكهم فعلا

فلا كلام لنا فيه.

الثانى: ان يسلموا طوعا و يدخلوا فى الإسلام برغبتهم منهم أيضا

مالكون لارضهم و لا وجه لخروجها عن ملكهم فهذا أيضا خارج عن المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۷

الثالث: أن يموتوا و يتركوا أملاكهم إرثا

و منها أراضيهم فتكون أموالهم و كذلك أراضيهم ملكا للإمام عليه السلام، لانه لا وارث له غير الامام (ع)، و هذا لا يختصّ

بهم، بل الأمر كذلك فى المسلمين أيضا.

الرابع: الأرض التى انجلى عنها أهلها من غير حرب

و هى من الأنفال فللّه و رسوله و بعده للإمام (ع).

الخامس: الأرض التى أخذت من الكفار بالحرب و القهر و الغلبه،

و بالخيل و الركاب، و هى تسمى بالأراضى المفتوحه عنوه، و هى محلّ الكلام فى المقام.

و هنا قسم سادس: و هى الأرض التى لم تتصف بشى ء من الأمور المذكوره

و لم يجر عليها الخيل و الركاب، و انما أخذت من الكفار صلحا و صولحوا عليها من غير حرب كأرض الخيبر فإنها أخذت من الكفار و أعطيت لهم ليعطوا الجزيه أو بقيت على ملكهم و ضربت الجزيه عليهم و تسمى هذه بأرض الصلح و بأرض الخراج و فيما كانت ملكا للمسلمين فهى ملك لجميعهم من الموجودين و الذين يكونون موجودا بعد ذلك و قلنا ان معنى كونها ملكا لهم هو صرف منافعها فى مصالحهم من تعمير القنطره و نحوها و إعطاء مقدار منها لبعض الفقهاء، بل لولىّ الأمر أن يملك مقدارا من نفس رقبه الأرض لواحد من المسلمين، بل للجائر ذلك إذا قلنا أن فعله ممضى للشارع و قد تقدم الكلام فى ذلك، و فى معنى الجائر فى المكاسب المحرمه

و كيف كان فيقع الكلام فعلا فى جهتين:

اشاره

الاولى: أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟

الثانيه: أنه إذا قلنا بجواز تملكها فهل يجب الخراج فيها لمن بيده تلك الأراضى مطلقا أو يفرق بين الشيعه و غيرها و يلتزم بعدمه على الشيعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۸

أو بين العمال و غيرهم و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى أو بين من يحل له أخذه و أكله من المسلمين و بين غيرهم، و يلتزم بعدمه فى الأول دون الثانى وجوه:-

أما الكلام فى الجهه الاولى [أنه هل تملك تلك الأراضى و تجرى عليها آثار الملك و لو تبعا للآثار أم لا؟]

اشاره

فـان كان المشـهور أن الأراضـی المفتوحه عنوه تملک و لو تبعا للآثار الّا أنه لا نعرف لـذلک وجها صـحیحا فالظاهر من الاخبار انها لا تملک و انما هی ملک المسـلمین، و فی صـحیحه الحلبی (قال سـئل أبو عبد اللّه علیه السـلام عن السواد ما منزلته قال: هو لجمیع المسلمین لمن هو الیوم و لمن دخل فی الإسلام بعد الیوم، و لمن یخلق بعد، فقلنا:

أ نشتریه من الـدهاقین؟ قال: لا یصـلح الّا أن تشتریها منهم علی أن تصـیرها للمسـلمین فان شاء ولّی الأمر أن یأخذها أخذها) الی غیر ذلـک من الروایات الصـریحه فی أنها ملک للمسـلمین فلا تملک بوجه، و قـد نقل المصـنف جمله منها و ما قیل انها تملک تبعا للآثار لا مدرک له بوجه، بل فی روایه أبی برده المسؤول فیها عن بیع أرض الخراج قال (ع) من یبیعها هی أرض المسـلمین قلت یبیعها الذی هی فی یده، قال: یصنع بخراج المسلمین ماذا. إلخ فإن الظاهر منها و من غیرها أنها لیست ملکا لأحد و الّا لکان بیعها جائزه و ما ورد فی بعض الروایات کروایه أبی برده و غیرها من جواز بیعها

لا تـدل على جواز بيعها، بل هى تـدل على عـدم جواز بيعها كيف فان قوله (ع) من يبيعها هى أرض المسـلمين صـريح فى عـدم جواز، و قوله ثم قال: لا بأس، اشتر حقه منها، ليس فيها دلاله على جواز البيع بل تدل على معنى ان بيعها قيام المشترى مقام البائع فى الجهه التى كـانت راجعه للبـائع من اسـتعمالها و الانتفـاع بهـا و أداء الخراج منهـا نظير بيع دكـاكين الغير أى حق الاختصاص الثابت للجالس.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۴۹

و بعباره أخرى يسـمى باصـطلاح العلمى بحق الاختصاص ففى الحقيقه أن البائع يبع حقه الاختصاص فنفس هـذا دليل يدل على عدم جواز بيعها.

و بالجمله لا يجوز تملك تلك الأراضـى و لا بيعها، بل يبيع الحق الاختصاص كما هو صـريح الروايات و لا يفرق بين ذلك بين نفس الأرض و أجزائها.

و عليه فلا يجوز بيع أجزاء تلك الأراضـى من الجص و الآجر و الكوز و نحوها من أجزاء الأرض و اما قيام السيره فسيأتى الكلام فيها، نعم لو انفصلت الاجزاء عن الأرض جاز بيعها كما إذا أخرجوا التراب من مكان بعد الإصلاح بحيث صار زائدا فيجوز أخذه و الانتفاع به، فإنه للمسلمين و الأخذ أيضا منهم و من طرق الانتفاع به صرفه فى الكوز و الأجر و بيعها.

و من هنا يعلم أنه لا يجوز تأسيس المسـجد فيها فإنه يتوقف على وقف الأرض و فكه عن الملك و من الواضح انها ليست ملكا لأحد حتى يوقفها المالك و يجعلها مسجدا.

تنبيه:

أنه ذكر المصـنف روايه إسـماعيل بن الفضل الهاشمى عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبنى غير ان أناسا من أهل الذمه نزلوها له

أن يأخذ منهم أجره البيوت إذا أدوا جزيه رؤسهم، قال:

يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال أخذها و من المعلوم انها لا يرتبط بالمقام بوجه، فان جواز أخذ أجره البيوت بعد المشارطه أى ربط له الى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكه فيها، بل يمكن دعوى كونها مشعره إلى جواز بيعها حيث قرر قول السائل اشترى أرضا من أرض الخراج و لكن يمكن منع ذلك من جهه ان المراد بأرض الخراج يمكن أن تكون أرض الصلح أو أن جهه الاشتراء يكن موردا للسؤال، و أيضا ذكر فى المقام مرسله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۰

الحماد فهى على إرسالها مشتمل على حكم لم يقل به أحد فيما نعلم و هو جواز أخذ العشر الذى هى الزكاه قبل القسمه و من المعلوم أن وجوب أداء الزكاه مشروط بوصول حق كل من الشركاء الى حد النصاب، و بعد أخذ كل منهم أنصبائهم يلاحظ حقه مستقلا، فان وصل الى حد النصاب يجب فيه الزكاه و الّا فلا.

الجهه الثانيه: الظاهر انه يجب الخراج على من كانت الأرض تحت يده

لما تقدم من روايه أبى برده قال عليه السلام: من يبيعها و هى أرض المسلمين يصنع بخراج المسلمين الى ان قال: و يحول حق المسلمين عليه اى على المشترى فيعلم من ذلك ان الخراج مما لا بدّ منه فيجب على كل من كانت الأرض تحت يده على أن نفس كون الأرض للمسلمين يقتضى وجوب الخراج مع قطع النظر عن الروايه فإن الثابت جزما انما هو جواز التصرف فى تلك الأراضى و اما التصرف من غير خراج و أجره فلم يثبت فيكون حراما و تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو غير جائز فلا بد من أدائه الى الامام (ع) إذا

أمكن و الّا فللفقهاء و لمن ولیّ أمور المسلمین أو للجائر بناء علی إمضاء فعله من الامام (ع).

و بالجمله مقتضی الأدله المطبقه علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر هو عدم جواز التصرف شخص فی الأراضی المفتوحه عنوه و الانتفاع بها و باجزائها بوجه، و لکن ثبت بالقطع جواز أصل التصرف فیها و اما بدون الأجره و الخراج فلا بدّ للمتصرّف و من ینتفع بها من أداء خراجها.

ثم بقی هنا أمران

الأول: أن السیره القطعیه و ان قامت علی جواز التصرف فی أراضی العراق

و أرض الغری و کربلاء و بیع رقبتها و أجزائها و أخشابها من زماننا الی زمان المعصومین (ع) و لکن الکلام فی الصغری و أن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۱

أی أرض منها مفتوحه عنوه و لم یثبت کون الاجزاء أو الرقبه التی تباع من المفتوحه عنوه حتی لا یجوز التصرف فیها و بیعها و الّا فلو ثبت کون أرض من الأراضی مفتوحه عنوه فلا یجوز تملکها و بیعها الّا بالمعنی الذی ذکرناه.

و دعوی العلم الإجمالی بوجود الأرض المفتوحه عنوه فی تلک الأراضی العراقیه و حوالیها و ان کانت دعوی صحیحه الّا أنه لا یوجب التنجیز، فان جمیع تلک الأراضی لیس محلا للابتلاء لیوجب تنجز التکلیف، بل مقتضی العمل بدلیل الحاکمه علی الأصول أن نعامل مع تلک الأراضی معامله الملکیه کما لا یخفی.

و توضیح الحال فی المقام و قد عرفت أن الأراضی المنسوبه إلی الکفار علی أقسام:- منها: ما بقیت علی ملکهم من غیر ان تخرج منه.

و منها: ما بقیت علی ملکهم بعد إسلامهم بالطوع.

و منها: الأراضی الصلحیه الخراجیه و هی التی صولحوا بها لتبقی علی ملکهم و یعطون الخراج علیها أو أخذت من ملکهم و لکن أعطیت لهم لأخذ الخراج.

و منها: ان تکون مفتوحه

عنوه و الأرض المفتوحه عنوه تاره تكون معموره حين الفتح و أخرى ميتا و ما كانت معموره بالأصل فهى ملك المسلمين، و أيضا أن جمله من تلك الأراضى قد ملكت بتمليك الامام و كثير منها ملكت بتملك السلطان الجائر خصوصا فى زمان العثمانيين و مع كثره المحتملات و ثبوت اليد على تلك الأراضى المقتضى للملكيه فكيف يمكن إحراز أن الأرض الفلانيه عن المفتوحه عنوه حتى لا يجوز أخذها.

نعم، لو كان جميع تلك الأراضى التى تعلم بوجود الأرض المفتوحه عنوه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۲

بين تلك الأراضى يلزم الاجتناب عنها لكون العلم منجزا فى هذه الصوره و هذا العلم الإجمالى بوجود الأرض المفتوحه عنوه كالعلم الإجمالى بوجود الوقف فى جميع دور النجف و كربلاء، بل العراق، و العلم الإجمالى بوجود مال الغصب فيها، و العلم الإجمالى بمنع الإرث عن بعض الوارثين خصوصا البنات فإنهن يمنعن من الإرث كثيرا و تقسم أموالهم على غير الجهه المشروعه فهل يتوهم أحد أن العلم الإجمالى فى هذه الموارد يوجب تنجز العلم الإجمالى و كذلك العلم الإجمالى فى المقام و ما قيل من الجواب فى هذه الموارد فهو الجواب هنا أيضا، و الّا فليس للمقام خصوصيه زائده.

و بالجمله مركز الكلام هنا هو أنه لا بدّ فى وجوب الاجتناب من الأرض لأجل كونها مفتوحه عنوه من إحراز أمرين الفتح عنوه و كونها معموره حال الفتح و الّا فلا وجه للاجتناب عنها بوجه، و اما بعد ثبوت الفتح فلا مناص من عدم جواز التملك فيها و لا فى أجزائها و أخشابها و أن مقتضى اليد فى أراضى العراق و ما يحتمل كون الأرض المفتوحه عنوه فيها أماره الملكيه فلا يرفع اليد

عنهـا بالاحتمـال فيمـا يعتمـد عليه هـذان الأـمران إحراز الفتـح مع العماره فى عـدم جواز التملک و العمل باليـد فى جواز البيع و الشرى مع عدم الإحراز.

و على هـذا فلاـ وجه للإشـكال فى بيع أراضـى العراق و لاـ فى أجزائهـا، فإن احتمال كونها من الأراضـى المفتوحه عنوه احتمال بدوى لا يعتنى به.

[الأمر الثانى] (قوله: أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحياه حال الفتح).

أقول: ربمـا يقال بأن الأراضـى التى كانت معموره حال الفتـح ثم ماتت و أحياها الأخر تكون ملكا للمحيى لعموم أدله الاحياء و لخصوص روايه سـليمان ابن خالـد المتقدم، فهى أجنبيه عن المقام، فإنها وارده فى الأرض الخربه فهى غير المفتوحه عنوه، و لذا قال (ع) و ان كان يعرف صاحبها فيؤدى اليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۳

حقه، و الفتوحه عنوه ليست لأحد حتى يرد اليه حقه، إذا عرف و لو كانت هنا روايه آخر فلم نجدها.

و اما عمومات أدله الإحياء فقد تقدم الكلام فى آخر المكاسب المحرمه عند التكلم فى أن الأراضـى المفتوحه عنوه تملک أو لا تملـک عـدم دلالتهـا على الملكيه بالاحيـاء و كونهـا خـارجه عن الأراضـى المفتوحه عنوه لوجهين:- الأول: أن الاحياء ليس من أسباب الملكيه بوجه، فإن غايه ما يستفاد منها على ما تقدم هو حتى الاختصاصى و الأولويه و أما الملكيه فلا.

و ثانيا: أنها لا تشمل الأملاک الشخصيه فاحياؤها لا يوجب الملكيه بناء على أن الاحياء من الأسباب المملكه فالأراضى المفتوحه عنوه بمقتضى الروايات المتقدمه ملک للمسلمين فلا ربط لأدله الإحياء لها فتكون أدله حرمه التصرف فى مال الغير حاكمه عليها كما لا يخفى.

و بـالجمله لاـ تـدل أدله الاحيـاء أن الأراضـى المفتوحه عنوه تملـک بالاحيـاء بل مقتضـى حرمه التصـرف فى مال الغير مانع عن ذلک.

(قوله: و أعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكيّه كونه طلقا).

اشاره

أقول: و من جمله شـرائط العوضـين ذكروا كون الملک طلقا يتفرع عليه أمور كثيره التى تعلق بها ما خرج عن كون الملكيه طلقا كالنـذر و الخيـار و اليمين و الوقف و كون المبيع أم ولـد و كـالرهن الى غير ذلک مما يخرج المبيع عن كونه ملكا طلقا، و لكن فرعوا على هذا الشرط أمور

ثلاثه و تکلّموا فیها علی وجه الاستقلال و هو الرهن و الوقف و أم الولد.

[ما هو المراد بالطلق]

و ذکر المصنف ان المراد بالطلق تمام السلطنه علی الملک بحیث یکون هذا

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۴

المعنی فی الحقیقه راجع الی کون الملک مما یستقل المالک بنقله و یکون نقله ماضیا فیه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذی الحق لمرجعه الی أن من شرط البیع أن یکون متعلقه مما یصح للمالک بیعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان لیس فی نفسه شرطا لیتفرع علیه عدم جواز بیع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط فی الحقیقه انتفاء کل من تلک الحقوق الخاصه و غیرها فما ثبت منعه عن تصرف کالنذر و الخیار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلک الحقوق فمعنی الطلق أن یکون المالک مطلق العنان فی نقله غیر محبوس علیه لأحد الحقوق التی ثبت منعها للمالک عن التصرف فی ملکه فالتعبیر بهذا المفهوم المنتزع تمهید لذکر الحقوق المانعه عن التصرف لا تأسیس لشرط لیکون ما بعده فرعا، بل الأمر فی الفرعیه و الأصاله بالعکس.

و قد أشکل علیه بأن المراد بالطلقیه عباره عن عدم قصور السلطنه و عدم کونه محجورا عن التصرف، اما لقصور فی المقتضی کما إذا کان ملکه محدودا کالوقف الخاص فان الموقوف علیه فی هذا الوقف و ان کان مالکا للعین الموقوفه علی ما هو الحق کما اختاره المشهور الّا أنه لا یصح بیعه لهم لان بیع الموقت لا یصح فی الشرع و اما لوجود المانع کالرهانه و الجنایه و الاستیلاد و یتفرع علی دلت عدم جواز بیع الوقف و نحوه.

الظاهر أن

ما ذكره المصنف متين، فان ما ثبت من الموارد الخاصه من عدم جواز البيع للحقوق المتعلقه بها المانعه عن التصرف انما هى المانعه بذواتها، فالتعبير بذلك العنوان المنتزع للإشاره إلى ذكر الحقوق المانعه فإن ما يكون معتبرا فى نفوذ البيع السلطنه على البيع فما ذكره شيخنا الأستاذ من المراد بالطلقيه عباره عن عدم قصور السلطنه إما لقصور فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۵

المقتضى كالوقف، و اما لوجود المانع كالرهانه.

لا وجه له، اما الأول، فلأن بيع الوقف و ان لم يجز الّا أن عدم الجواز من جهه عدم السلطنه على البيع لعدم انتفاء تلك الحقوق المانعه لا أن الطلقيه بذاتها شرط للبيع.

و اما الثانى: فبناء على عدم جواز بيع العين المرهونه كما هو المشهور استنادا إلى النبوى من أن الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف، فكذلك إذ المالك ليس له السلطنه على البيع من جهه تعلق حق المرتهن بالعين و عدم كون المالك مسلطا على البيع لعدم انتفاء ما هو شرط فى البيع لا ان الطلقيه شرط فى الملكيه.

و بالجمله هذا العنوان ليس له موضوعيه بما هو فى نفسه و بذاته ليكون شرطا فى الملكيه، بل عنوان منتزع من الموارد الخاصه التى انتفى تلك الحقوق فيها على أنه سيأتى انه لا دليل على عدم جواز بيع الرهن، و اما النبوى فضعيفه السند، و غير منجزه بعمل المشهور.

و بالجمله أن الشرط فى البيع ما دل الدليل على عدم جواز بيعه كالوقف و نحوه على ما ذكره الفقهاء، بل أنهاه بعضهم الى عشرين فهو بذاته مما لا يجوز بيعه لمنع الدليل عنه بالخصوص و عنوان الطلقيه عنوان منتزع من تلك الموارد التى ورد الدليل بالخصوص على

عدم جواز بيعه و مشير إليها و الّا فعنوان الطلقيه ليس من الشروط ليكون الموارد المذكوره بعدها متفرعا عليه و انما الشرط نفس انتفاء تلك الأمور التى ذكرت فى المقام و عد من شرائط العوضين فعدم وقوع التجاره عليها لأجل الأدلّه الخاصه و عدم جواز بيعها بذاتها فلا وجه لارجائها الى عنوان اشتراط الطلقيه و القول بانتفائها فى تلك الموارد كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۶

الكلام فى بيع الوقف

قوله: مسأله: لا يجوز بيع الوقف

[الدليل الأول] إجماعا محققا فى الجمله و محكيا.

أقول: لا شبهه فى عدم جواز بيع الوقف فأن مقتضى كونه وقفا إيقاف الشى ء و إبقائه على حاله على النحو الذى أوقفه المالك و عدم جواز التصرف فيه على وجه ينافى الوقف فإذا أنشأ الواقف هذا المعنى الذى عرف فى النبوى المعروف يحبس الأصل و سبيل الثمره و عرفه الأصحاب بقولهم تحبيس الأصل و تسبيل الثمره فينافى البيع مع مقتضاه فان مقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو نفوذ التصرف فيه ببيع و نحوه من المعاملات فهما لا يجتمعان لكونهما متناقضان

الثانى: دلاله الروايات العامه و العمومات على ذلك

و أن الوقف لا يجوز بيعه كقوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، و فى بعض النسخ يقفها أهلها فإن الوقف يستعمل لازما و متعدّيا من دون ان يتعدى بشى ء و دلاله هذه الروايه على المقصود مما لا شبهه فيه، فان الواقف يقف على أن تبقى العين و ينتفع بمنافعها و الروايه الشريفه يمضى ذلك و تدل على أن الوقف لا بدّ و أن يلاحظ فيه غرض الواقف حتى لو كان مشترط فيه عدم البيع أصلا لكان متبعا بحسب مقتضى العموم.

الثالث: قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

فأن ما أنشأه الواقف من الوقف مما تشمله الآيه فيجب الوفاء به، فالبيع مناف لذلك.

الرابع: الروايات الخاصه فى خصوص بعض الأوقاف

كروايه أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن (ع) (قلت: جعلت فداك انى اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى فلما عمرتها خبرت أنها وقف، فقال: لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك ادفعها الى ما أوقفت عليه، قلت لا أعرف لها ربّا قال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۷

تصدق بغلتها) الظاهر أن المراد من الغله ليست هى الحاصله من زرع المشترى و الّا فهى لصاحب البذر فى المغصوب و كيف فى المقام الذى اشترى من غير علم بكونها وقفا، بل المراد من الغله ما يحصل من الأرض بحسب طبعها من الخضر و الأشجار و

المنافع الأخر.

و منها ما ورد فى حكايه وقف أمير المؤمنين (ع) بعد التسميه هذا ما تصدق به على ابن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقه لا تباع و لا توهب حتى يرثها اللّه الذى يرث السموات و الأرض الى غير ذلك من الروايات الكثيره، بل فى بعضها لعنى رسول اللّه (ص) بايع الوقف و فى بعضها أن من أمن باللّه و باليوم الآخر لا يبع الوقف و استدل بها المصنف على عدم جواز بيع الوقف مطلقا بدعوى أن قوله (ع) صدقه لاتباع و لا توهب ليس وصفا لخصوص شخص العين الموقوفه، بل وصفا لنوع الصدقه التى فى مقابل الأنواع الأخر من الصدقات المستحبه أو الواجبه و هذا هو الظاهر من المفعول المطلق المساق للنوع، فان قوله (ع) صدقه مفعول مطلق كقولك جلست جلسه الأمير، أى نوع جلوسه و هكذا فى المقام أى نوع صدقه لا

تباع و لا توهب و من الواضح أن هذا الوصف وصف لنوع الوقف، و ذكره هنا من جهه تطبيق الصغرى للكبرى لا أن الوصف وصف لخصوص الشخص الخاص الذى وقفه على بن أبى طالب (عليه السلام).

ثم استدل المصنف المصنف على عدم كون الوصف خارجيا معتبرا فى الشخص بوجوه بعد استبعاده أولا أن سياق الاشتراط يقتضى تأخّره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم.

الثانى: أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا، بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۸

كدفعه الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجه أو صيرورته ممّا لا ينتفع به أصلا.

الثالث: أن هذا التقييد مما لا بدّ منه على تقدير كون الصفه فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الامام (ع) بعدم طروّ هذه الأمور المبيحه و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفه شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فان العلم بعدم طروّ مسوّغات للبيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع.

و هذه الوجوه التى ذكرها المصنف و ان كان متينا و واردا على فرض كون الوصف شرطا خارجيا و معتبرا فى الشخص و لكن الذى ينبغى ان يقال و يسهل الخطب هو أن الشرط ان رجع الى الجواز بان شرط عدم جواز البيع فى الوقف فهو أمر ممتنع لخروجه عن قدرته فان الجواز حكم شرعى و وضعه تحت يد الشارع كنزول المطر فلا معنى لشرط ما هو ليس فى قدرته على أن اشتراط عدم الجواز معناه ان لم يجز لم

يجز بيعه لاـن مفهوم الوقف هو السكون فهو بنفسه يقتضى ذلك و اشتراط الجواز أنه أن جاز فجاز، و ان كان الوصف وصفا لنفس الوقف فليس فيه مخالفه للمشروع بوجه، فان للواقف أن يشترط فيه ما يشاء لكونه مالكا و مسلطا على ماله فجاز له أن يقف كيف يشاء حتى له أن يشترط عدم البيع و لو مع عروض ما يسوغ البيع من المسوغات كما لا يخفى.

ثم قال المصنف: (و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثه:

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى الوقف صدقه جاريه ينتفع بها و حق البطون المتأخره عن بطن البائع السابق و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات، فان الوقف متعلق لحق اللّه حيث يعتبر فيه التقرّب و يكون للّه تعالى و عمله و عليه عوضه).

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۵۹

أقول: و ليت شعرى أنه من أين ظهر مما ذكره ان المانع هى الأمور الثلاثه، بل لا وجه لها بحسب نفسها أيضا أما حق الواقف فبمجرّد وقفه تخرج العين الموقوفه عن ملكه و كون العين صدقه جاريه ينتفع بها لا يقتضى أن تكون العين متعلقه لحق الواقف و أما حق البطون المتأخره فمع عدم وجودهم كيف يتعلق حق لهم بالعين فان المعدوم قبل وجوده كما لا يكون مالكا كذلك لا، يكون ذا حق مع أنه لو كان مانعا انما يمنع إذا بيع و صرف الثمن على الموجودين و اما لو اشترى به مثله فلاـ يلزم منه هذا المحذور و اما قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها، فلا يدل على ذلك فان معناه أن ما أنشأه الواقف من حسب المال فقد أمضاه الشارع، و اما حق اللّه فان

كان المراد به ان المنع عن بيعه انما هو للتعبد الشرعى الواصل بواسطه سفرائه من الروايات المتقدمه فلا كلام لنا فيه، و ان كان المراد من ذلك شى ء آخر و إثبات حق له تعالى كالأنفال و نحوها فلا دليل دل على ذلك كما لا يخفى.

(قوله: ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع).

أقول: و قد ذكرنا أن الوقف بحسب نفسه يقتضى السكون و الوقوف فإنشاء الوقف إنشاء لسكون مال الوقف مقابل الحركه فمعنى السكون عدم عروض النقل و الانتقال عليه ببيع و نحوه مقابل المتحرك الذى عباره عن طرق ما يقتضى الحركه عليه من البيع و غيره.

ثم ان جواز البيع الوقف تاره يكون بحيث يكون بدله و ثمنه ملكا للبائع الموقوف عليه و يتصرف فيه كيف يشاء كتصرف الملاك فى أملاكهم.

و أخرى لا يكون ثمنه ملكا للبائع الموقوف بمعنى أن يقوم ثمنه مقام المثمن و يكون بدلا عليه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل و كيف كان فجوازه يحتاج الى دليل، و اما جواز البيع بحيث يكون الثمن ملكا للمالك فبعيد فإنه رفع اليد عن ملكه و جعله وقفا على الموقوف عليهم فلا مقتضى لرجوعه الى المالك ثانيا،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۰

هذا كله مما لا شبهه فيه.

و لكن وقع الكلام بين الشيخ و صاحب الجواهر تبعا للشيخ الكبير فى أن جواز البيع يكشف عن بطلان الوقف بحيث انه بمجرّد جواز البيع يطرء عليه البطلان، كما ذهب اليه الشيخ الكبير و تبعه صاحب الجواهر فذكره فى هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، قال

بعض الأساطين فى شرحه على القواعد حيث استدل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الإجماع، بل الضروره بأن البيع و أضرابه ينافى حقيقه الوقف لأخذ الدوام فيه و أن نفى المعاوضات مأخوذ فيه ابتداء.

و بالجمله أن محصل كلامهما أن جواز البيع لا يجتمع مع الوقف فإذا أجاز البيع بطل الوقف سواء تحقق البيع فى الخارج أم لم يتحقق، و قد خالف فى ذلک شيخنا الأنصارى و تبعه شيخنا الأستاذ.

و حاصل كلام المصنف أن الوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه، فمعنى جواز بيع العين الموقوفه جواز ابطال وقفها الى بدل أولا إليه فإن مدلول صيغه الوقف و ان أخذ فيه و المنع عن المعاوضه عليه الا انه قد يعرض ما يجوز مخالفه هذا الإنشاء الدوام ثم أيده بتنزيله منزله الهبه و قال كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبه تمليک المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلک يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه بالبيع لا بجواز فقط و بالجمله فكما أن مقتضى الهبه هو التمليک مع جواز استرداد العين الموهوبه و أنها لا تبطل بجواز البيع، بل بالبيع الخارجى و كک الوقف فيبطل بالبيع فى الموارد الخاصه التى ثبت جواز بيعه فى تلک الموارد لا بمجرد عروض جواز البيع عليه و يؤيد ذلک ما ذكره المحقق الثانى من انه لا يجوز رهن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۱

جائزا و تقدم نظير ذلک فى المعاطاه و قال لا يجوز رهن المأخوذ بالمعاطاه لكونها معامله جائزه و الرهن وثيقه فلا يتحقق الا بالملک الطلق.

ثم أشكل عليهما بأنه ان أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق

الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع فهذا لا- محل له فضلا عن أن يحتاج الى نظر فضلا عن إمعانه و ان أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر كلامه حيث جعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف ففيه مع كونه خلاف الإجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف فى بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذا فى مفهومه، بل هو فى غير المساجد و شبهها قسم من التمليك و لذا يطلق عليه الصدقه و يجوز إيجابه بلفظ تصدقت الا ان المالك له بطون متلاحقه فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليّا عن جميع الملّاك فى إبدال مالهم بمال آخر. إلخ.

و الذى ينبغى أن يقال فى توجيه كلام صاحب الجواهر و شيخه وجوه:

الأول: أن يكون معنى قولهم إذا جاز البيع بطل الوقف هو صيروره الوقف ملكا للواقف و رجوعه الى ملكه فهو بعيد، فإنه بعد خروجه عن ملكه فلا مقتضى لكونه مالكا له ثانيا.

الثانى: ان يخرج من الوقفيه و صارت ملكا طلقا للموقوف عليهم بحيث لهم أن يفعلوا فيه ما شائوا من البيع و الهبه و الإعاره و الإجاره كبقيه أموالهم الشخصيه و هذا أيضا لا مقتضى له فكلا القسمين لا يحتاج الى نظر فضلا عن احتياجهما إلى إمعان النظر.

الثالث: أن يكون الوقف باطلا من جهه بمعنى بطلانه من الجهه التى عرض له ما يجوّز البيع فقط لا من بقيه الجهات ليصير ملكا طلقا للموقوف عليهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۲

أو يرجع الى ملك الواقف

و من الواضح أن هذا يحتاج إلى إمعان النظر فضلا عن النظر.

و على هذا ظهر الوجه فى عدم جواز رهن الوقف إذ لا يخرج الوقف عن الوقفيه بجواز بيعه من جهه عروض مجوّز من مجوّزات البيع كما ظهر أنه لا وجه لقياسه بالهبه فإن الهبه يجوز استرداده و الوقف لا يجوز استرداده لأنه عباره عن الحبس و السكون مقابل الحركه فليس مفهومه الّا متقوّما بالإيقاف و السكون و عدم توارد البيع و الشراء و الهبه و الإجاره عليه بحيث يبقى طبقه بعد طبقه و جيلا بعد جيل، و هذا بخلاف الهبه فإنها ليست الّا تمليكا محضا.

ثم انه لا ثمره لهذا البحث بعد التسالم على حرمه البيع الوقف قبل عروض المجوّز و على جواز البيع بعد عروض المجوّز ثم دوامه بدوام المجوز و ارتفاعه بارتفاع المجوّز.

ثم إذا طرء على الوقف جواز البيع و لم يبع فى الخارج الى أن زال المانع فهل يزول الجواز أو يبقى على حاله فربما يقال ببقاء الجواز استصحابا لحكم المخصّص كما فى حاشيه الايروانى فان المقام من موارد دوران الأمر بين العمل بحكم المخصص و العمل بالعام بعد انقطاع عمومه فحيث انقطع عمومه فى زمان فلا يبقى مجال للتمسك به، فى الزمن الثانى لعدم المقتضى، بل نستصحب حكم المخصص اعنى جواز البيع.

و لكن الظاهر هو العمل بالعام فى غير حاله التخصيص خصوصا إذا كان العموم استغراقيا لما قلنا فى محله انه بعد تخصيص العام يتمسك به فى مورد التخصيص و توضيح ذلك ان للوقف هنا ثلاثه حالات حاله قبل عروض الحاله الموجبه للبيع و المسوغه له و حاله عند عروض المسوّغ و حاله بعد عروض المسوّغ و ذكرنا فى محله أيضا

انه كما أن للعام عموم أفرادى عرضى و ككك له عموم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۳

أزمانى سواء كان الحكم واحد أو متعددا منحلا إلى أحكام عديده.

و على هذا فمقتضى العمومات الداله على عدم جواز بيع الوقف انما تدل على عدم جوازه فى جميع الحالات بحسب العرض و الطول، فقد خرج من تحتها صوره عروض الحاله المسوغه للبيع فيبقى الباقى تحت العموم و هذا واضح بناء على أن جواز البيع لا يوجب بطلانه، بل يسوغ البيع فقط و الّا فالوقف باق على حاله.

و أما بناء على مسلك صاحب الجواهر فككك أيضا لما عرفت أن قوله بالبطلان ليس معناه رجوع الوقف الى الواقف أو صيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم لما عرفت من بعد كلا المعنيين و عدم المقتضى لهما فى البين، بل معناه هو البطلان من جهه خاصه أعنى الجهه التى أوجبت بيع الوقف و سوغ المعامله عليها و أما بقيه الجهات فمحفوظه على حالها و هو الذى كان محتاجا الى النظر، بل إلى إمعان النظر.

و عليه فالتمسك بالعموم فى غير المقدار الذى ثبت فيه التخصيص من الوضوح بمكان، بل الأمر ككك حتى على المعنى الأول و الثانى فإن جواز بيع الوقف و ان أوجب بطلانه سواء كان بالعود الى الواقف أو بصيرورته ملكا طلقا للموقوف عليهم و لكن الفرض أن الإبطال ليس مستمرا إلى الأبد، بل انما كان عموم العام قبل ذلك شاملا لما بعد هذه الحاله التى بطل فيها الوقف و عليه فتمسك بالعموم فى الغير المورد الذى نقطع بخروج الخاص و نعمل بالعموم فتحكم بمقتضاه على ثبوت الوقفيه بعد البطلان أيضا فيكون العام مقتضيا لذلك فيحكم بالوقف إلى الأبد الى ان يرث

اللّه الأرض و من فيها.

[الأقوال فى الخروج عن عموم منع بيع الوقف]

اشاره

(قوله: إذا عرفت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع).

أقول: بعد ما حكم المصنف أن مجرد عروض جواز البيع على الوقف لا

يوجب البطلان، بل لا بد من وقوع البيع فى الخارج فتعرض الى أن الوقف بحسب نفسه و الأصل الاولى لا يجوز بيعه، بل لا بدّ من البقاء و هو واضح لما عرفت أن مفهوم الوقف عباره عن السكون فلا بدّ و ان يكون واقفا و ساكتا.

ثم يقع الكلام هنا فى جهتين: الاولى: فى الخروج عن مقتضى ذلك الأصل، بحسب الموضوع بمعنى أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا يجوز بيعه و الجهه الثانيه: فى الخروج عنه بحسب الحكم بمعنى أن المسوّغ لبيع الوقف أى شى ء مع قطع النظر عن أن أى وقف يجوز بيعه و أى وقف لا يجوز بيعه و قد حصره بعضهم بواحد و هو وقوع الخلف بين الموقوف عليهم و بعضهم بثلاثه و بعضهم بخمسه الى غير ذلك من الاختلافات.

أما الجهه الأولى: فوقع الخلاف فى ذلك بين الأصحاب كثيرا،

فذهب بعضهم الى عدم جواز البيع و عدم الخروج من عموم المنع أصلا،

و هو الظاهر من كلام الحلى و الشهيد، فان ظاهر قول الشهيد أن سد الباب و هو نادر مع قوته هو اختياره ذلك و ذهب بعضهم الى الجواز مطلقا.

و فصل بعضهم بين المؤبد و المنقطع

و ليس المراد من المنقطع ما إذا كان الوقف إلى سنه أو الى سنتين، بل معناه أن الوقف انما هو على طائفه خاصه من غير تقيد بزمان خاصّ و الّا فيكون حبسا الذى عباره عن حبس العين مع كونها باقيه على الملك و تسبيل المنفعه، و لكن حيث انه لطائفه خاصه ينقرض كثيرا بانقراضهم فيسمى ذلك بالوقف المنقطع الأخر و هذا بخلاف المؤبد فإن معناه أن الوقف لطائفه خاصه كأهل العلم من الشيعه فى النجف مثلا كما وقفوا قريه فى كرمانشاه كك و مع عدمهم لمطلق أهل العلم و مع عدمهم العياذ باللّه لفقراء الشيعه و مع عدمهم لأغنياء الشيعه و هكذا فمثل هذا الوقف لا ينقطع آخر بل يستمر و يدوم إلى الأبد و يبقى طبقه بعد

طبقه و جيلا بعد جيل.

و بالجمله التزموا بجواز البيع المنقطع دون المؤبد.

و فصّل بعضهم بقولهم بعكس ذلک، أی بجواز البيع فی المؤبد و بعدمه فی المنقطع

و لعل نظره الى ان المنقطع ينقطع بنفسه بخلاف المؤبد.

و فصل بعضهم بين أصل الوقف حيث قال بعدم الجواز

و بين اجزائه و آلاته التی انحصر طريق الانتفاع بالبيع فقط، كحصر المسجد و جذوعه و بعض آلاته التی سقط عن الانتفاع به فی هذا المسجد بنحو من الأنحاء و هو المحكى عن الإسكافى و فخر الإسلام، و يمكن التفصيل بين ما يكون الوقف تحريرا كالمساجد و نحوها و بين سائر الأوقاف، و يلتزم بعدم جواز البيع فی الأول دون الثانی، الّا انه ليس تفصيلا فی الحقيقه لأن المساجد خارج عن مورد البحث، فان الظاهر ان مورد البحث ما اعتبر فيه التمليك و المساجد تحرير و عليه فما سيأتی من المصنف من التفصيل بين المساجد و غيره، تنبيه على أصل المطلب لا تفصيل فی الوقف بين جواز البيع فی قسم و عدمه فی آخر

و الكلام فعلا يقع فی جواز بيع الوقف المؤبد فی الجمله.

[الوقف على قسمين تمليكى و فكى]

و بعد ما نقل المصنف كلمات الأصحاب فصّل فی الوقف المؤبد، بينما يكون ملكا للموقوف عليهم و بينما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير تحرير كالمساجد و المدارس و الربات و الخانات و ان كان فی الحقيقه ليس تفصيلا كما عرفت بناء على عدم دخولها فی ملك المسلمين فان الموقوف عليهم انما يملكون الانتفاع دون المنفعه و قال المصنف ان محل الخلاف هو القسم الأول، أی ما يكون الوقف تمليكا و أما القسم الثانی فالظاهر عدم الخلاف فی عدم جواز بيعه لعدم الملك و على هذا فلو خربت القريه و انقطعت الماره عن الطريق الذی فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه فی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۶

احداث مسجد آخر أو تعميره أو صرفه فی مصالح المسلمين.

نعم يجوز الانتفاع بها بالزرع و الغرس مع ملاحظه الآداب بعدم التنجيس و الهتك كما جاز الانتفاع به

قبل الخراب بالجلوس و النوم و سائر الأشغال من المباحث و غيرها إذا لم تزاحم المسجديه، نعم يحتمل جواز إجارتها و صرف الأجره فی مصالح المسلمين.

و لكن الظاهر أنه لا ـ فرق بين البيع و الإجاره فإنه بعد خروجها عن الملكيه لأحد و حرمه كما لا يجوز بيعه و تمليكه و ككك لا يجوز إيجاره.

ثم ان المراد من عدم جواز التصرف فيها تصرفا مالكيا خصوص الحرمه التكليفيه و الّا فلا يترتب عليه ضمان بوجه و لذا لو سكن فيها أحد أو اشتغل ما لاشغال المنافيه للمسجديه فليس عليه ضمان.

[لا خلاف فی عدم جواز بيع الوقف الفكی]

اشاره

و بالجمله ان كان الوقف تمليكا و لو كان للنوع فهو محل الكلام فی المقام و ان كان تحريرا و فك ملك فهو لا يجوز بيعه بوجه لعدم كونه ملكا لأحد حتی يجوز بيعه و يباشره أحد الملاك وكاله أو الحاكم ولايه، بل يبقی علی حالها الی ان يرث اللّه الأرض و من فيها، نعم يجوز الانتفاع بها ما لا ـ يزاحم المسجديه و ان تصرف فيها بما يزاحم المسجديه فعل فعلا محرما فلا ضمان بالأجره لأن الفرض انه ليس بملك لا للخاص و لا للعام كما لا يخفی انتهی الكلام الی تفصيل المصنف بين ما يكون الوقف تمليكا و بين ما يكون تحريرا.

و تحقيق الكلام هنا ان ما يكون تحريرا كالمساجد فان المتيقن من التحرير هو المسجد، فالظاهر أنه لا يجوز بيعه فإن حقيقه البيع علی ما عرفت عباره عن المبادله بين الشيئين فی جهه الإضافه إلی المالك بحيث يكون كل واحد من الشيئين مضافا الی شخص فيتبدل كل من الإضافتين بتبديل المالين و من البديهی ان المساجد غير مضافه الی أحد بإضافه الحقيقه أو بإضافه الملكيّه

و مع انتفاع الإضافه کیف یسوّغ البیع أو التجاره عن تراض أو بقیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۷

المعاملات لما عرفت مفصّلا أنه لا بیع إلّا فی ملک، و لا بیع الّا فیما یملک و لذا قلنا ان کل ما لیس داخلا تحت الملک کالطیر فی الهوی و المباحات الأصلیّه قبل الحیازه لا یجوز بیعه.

و توهم أن المساجد أیضا نحو من التملیک للمسلمین کما ان الزکاه ملک للفقراء و الأصناف الأخر أو نقرض مسجدا یملکه المالک للمسلمین وقفا.

توهم فاسد فان المساجد من قبیل التحریر کالعبد المعتق و أنها للّه لا بمعنی کونها ملکا له و مضافا الیه لیتوهم جواز بیعها من جهه تلک الإضافه المصححه للبیع، بل بمعنی کونها معبدا للمسلمین لیعبد فیها للّه تعالی و یتقرب به فیها و لعل الی هذا المعنی ینظر قوله تعالی وَ أَنَّ الْمَسٰاجِدَ لِلّٰهِ بل هو المحتمل القریب من سائر المعانی و هذا هو المستفاد من بعض الروایات فلا یقاس ذلک بالزکاه فإن الجهه فیها مالک بخلافه فی المساجد فإنه لیس فیها جهه إضافه حقا أو ملکا فلا یصح بیعها بوجه.

و أما الوقف بمعنی التملیک للمسلمین، بان یجعل مکانا خاصا مسجدا بعنوان التملیک لا التحریر فخارج عن الفرض فإنه لا یکون مسجدا و متمحضا للّه، بل یکون مثل الحسینیات و نحوها.

و بالجمله أن من الضروری أن المساجد لیس الّا تحریرا و فکا للملک لا تملیکا و علیه فلا یکون بیعه جائزا لعدم وجود الإضافه فیها الی أحد و لو الی الجهه کالزکاه بحیث یباع المسجد و یکون بدله قائما مقامه فی تلک الجهه فهذا قسم من الوقف العام.

[کلام کاشف الغطاء فی الأوقاف العامه مع الیأس عن الانتفاع بها]

و من هنا ظهر ما فی کلام کاشف الغطاء

حیث ذکر جواز اجاره المسجد الذی خربت القریه و انقطعت الماره عنه و خرب و ذلک فإن صحه الإجاره تتوقف علی کونه مضافا الی شخص لتکون الأجره داخله تحت ملکه و قد عرفت أن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۸

باق علی وسعته فإنه لا یلزم فی الثالث توفیه المسجد لیس مضافا الی شخص.

نعم، یصح الزّرع و الغرس فیه و الانتفاع به بغیرهما مع ملاحظه الآداب کما هو واضح.

الثانی: أن یکون وقفا للذرّیه بحیث یوقف أرضا خاصا لهم لتکون منفعته لهم طبقه بعد طبقه و جیلا بعد جیل

فلا شبهه أن هذا القسم من الوقف تحبیس و تملیک أما کونه تحبیسا فلان الوقف علی ما فسروا تحبیس الأصل و تسبیل الثمره و قد جعل الواقف ذلک الوقف کک کما لا یخفی.

و اما کونه تملیکا لهم فلمقتضاء السیره القطعیه العقلائیه علی ذلک فإنه لا یشک أحد فی انه إذا ثبت فی ذلک ما یوجب الضمان علی شی ء یکون ذلک الشی ء لهم و لو غصبه غاصب لوجب علیه رده الی الذریه بمقتضی الید و السیره و من المعلوم أنه لو لم یکن هنا تملیک لکان الحکم فیها مثل المساجد من غیر ان یوجب الأشغال و الغاصب الضمان علی الأجره فلازم هذه السیره هی الملکیه علی أن مقتضی الوقف علی الذریه یقتضی ذلک بمقتضی مفهوم الوقف فإنه لو کان ذلک مجرد التحبیس لکان المناسب أن یقول الواقف وقفت لهم بحیث یکون لهم لا علیهم و هذا بخلاف التملیک فان الواقف یملک العین الموقوفه لهم و لکن یضیّق دائره السلطنه علی الموقوف علیهم و لا یجعلونهم مطلقا فی العین الموقوفه لتکون سلطنتهم سلطنه مطلقه و سلطنه لهم، بل یضیّق دائره السلطنه علیهم بالشرط فی ضمن الوقف و بنفسه نظیر الشرط الخارجی بحیث یکون الموقوف علیهم مالکا للمنفعه فقط

ملکیه مطلقه و أما العین فلیس لهم علیها مالکیه الّا من جهه ان تکون المنفعه لهم و أما یفعلون للعین الموقوفه بما شائوا فلا و اذن فتکون السلطنه علیهم لا لهم و لذا قال الواقف عند الوقف وقفت علیهم.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۶۹

و بالجمله مقتضی تلک العباره هی التملیک فإنه لو کان الغرض هو التحبیس لقال وقفت لهم لا علیهم، فان من الواضح انه إذا کان الشخص مالکا لشی ء و لم تکن سلطنه مطلقه تکون السلطنه علیهم لا لهم کما هو واضح.

و الحاصل: أنا نستفید کون الوقف علی الذریه تملیکا لا تحبیسا من نفس عباره الواقف عند الوقف لکونها ظاهره فی التملیک باعتبار التعبیر بعلی الظاهره فی تضییق دائره السلطنه بمقتضی الشرط بمجرد الوقف نظیر تضییق الدائره للسلطنه بالشروط الخارجیه.

و اما جواز بیعه، فالظاهر أنه مما لا اشکال فیه کما سیأتی فإن المانع الذی کان فی التحریر غیر موجود هنا کما لا یخفی، فإن الإضافه المالکیه موجوده و تصرف الموقوف علیهم متعذر لفرض عروض الجهه المجوزه للبیع و لیس فی البین ما یمنع عن التصرف کأدله حرمه التصرف فی مال الغیر فتکون أصاله الإباحه محکمه.

الثالث: ان یکون وقفا عاما کالوقف علی العلماء و السادات

اشاره

و طلاب المدارس و الزوار و الفقراء و نحوها من الجهات العامه و هو علی قسمین:-

الأول) ان یکون وقفا للکلی کالوقف علی العلماء و الطلاب

کوقف الحمامات و الدکاکین و الاملاک لهم لتکون منافعها ملکا طلقا لهم بحیث یکون حبس الأصل و تسبیل الثمره لهم بحیث تکون المنفعه لهم و یملکون منافعها و تقسم علیهم کما فی القسم الثانی نظیر أوقاف علی العلماء و طلاب المدارس، فان غلتها تقسم علیهم و یملکون نفس المنفعه و لا یلزم توفیه جمیع الاقسام هنا کما یلزم فی الوقف علی الذریه، و غایه الأمر أن الفرق بینهما من جهه أن دائره الوقف فی القسم الثانی تضییق و توسع بکثره الموقف علیهم و قلتهم بحیث إذا کثروا فتوسع دائره القسمه و إذا قلّوا فتضیق دائرته و اما فی القسم الثالث فهی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۰

القسمه علی جمیع السهام و الموقوف علیهم، بل یجوز الإعطاء لواحد و الاختصاص به لان الوقف لجهه و هی متحقق بواحد لصدق الجهه و تحقق الإعطاء لأهل العلم، و هذا بخلافه فی القسم الثانی، فإنه لا بدّ فیه من ملاحظه جمیع الموقوف علیهم و

توفيه القسـمه لهم قلّوا أو كثروا و من ذلـك يختلف القسـمه سـعه و ضـيقا باختلاـف الموقوف عليهم كثره و قله و أنه لا بـدّ من إعطاء كلهم قسمه حقيقه حتى لو مات أحدهم بعد حصول الغله فتنقل الى وارثه و هذا بخلافه فى القسم الثالث.

ثم ان هـذا القسم من الوقف أيضـا تمليـك لعين ما تقـدم فى القسم الثانى من اقتضاء نفس مفهوم الوقف، ذلك و أنه لو غصـبه غاصب يحكم بضمانه بخلاف التحرير و أن السيره العقلائيه تقتضى أن يعامل مع مثل تلك الأوقاف معامله الملكيّه لقيامها على

الضـمان و وجوب الرد على النحو المأخوذ فبالملازمه تدل على الملكيه غايه الأمر ملكا للجهه نظير الزكاه و الصدقات و نحوهما و الظاهر أنه لا شـبهه فى جواز بيع هذا القسم أيضا مع عروض الجهه المجوّزه للبيع فإنه مع وجود المقتضـى له و شمول عمومات صحه البيع عليه و عـدم وجود المانع عنه فلا شـبهه فى ذلك فانا نشك فى صـحه المعامله عليها مع تعـذر اسـتعماله فما أعد له و وقف عليه فنتمسـك بأصـاله الإبـاحه و قوله (ع) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها ناظر الى حفظ جهه الوقف مع الإمكان لا مع التعذر.

الثانى) ان يكون وقفا على الجهه العامه من دون ان يكون الموقوف عليهم مالكا على المنفعه،

بـل مالكا على الانتفاع كما ربما يعتبر تملك الانتفاع بمعنى أن الوقف على تلك الجهه كما أنه ملك لهم مضـيقا فكك ملكهم بـالمنفعه أيضـا مضـيق بمعنى أنهم مالكون بمنفعه خاصه أى السـكن مثلا و الّا فلا معنى للملك على الانتفاع إذ لا معنى لمالكيه الإنسان على فعله بخلافه فى القسم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۱

المتقـدم فـإنهم مـالكون بـالمنفعه مطلقـا و ملكـا طلقا بحيث لهم بيع تلك المنفعه و هبتها و إذا ماتوا تنتقل الى وارثهم و ان كان أصـل الوقـف ليس ملكـا طلقـا لهم و هـذا بخلافه فى هـذا القسم، فـان الموقـوف عليهم يملكون المنفعه الخـاصه ملكـا مضـيقا كالسـكنى مثلا من غير أن يجوز لهم بيعها و إذا ماتوا تنتقل تلك المنفعه إلى الوارث، و من هنا لو غصبه غاصب يضـمن الأجره للجهه لا لخصوص الساكن فى ذلك، و هـذا القسم كالمدارس و الربط و الخانات و نحوها و الظاهر أن هذا أيضا تمليك للجهه العامه للوجوه المتقدمه و السيره العقلائيه هنا أوضح من السيره فى القسمين المتقدمين، فان

هذا القسم من الأوقاف كان موجودا فى الزمن الجاهليه أيضا وقفا على طبق مسلكهم فإنها قائمه على ضمان الغاصب فبالملازمه تدلّ على الملكيه و مما ذكرناه ظهر ما فى كلام المصنف من عطف الرباط و الخانات و القناه على المساجد فإنه فرق واضح بينهما إذ الوقف فى المساجد تحرير فلا يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحرير فلا يجوز بيعه بوجه كما عرفت و لكن الوقف للرباط و الخانات و المدارس ليس تحريرا، بل تمليك للجهه العامه فيجوز بيعها فكم فرق بينهما.

و أما المشاهد

فهل هى مثل المساجد أو كأوقاف العامه و يقع البحث فيها فى جهتين: الأول) فى أرضها، و الثانيه) فى الآلات التى توقف عليها من السّراج و القناديل و الذهب و الفضه و الفرش و نحوها.

اما الكلام فى أرضا: فالظاهر أنها ملحقه بالمساجد و ليست ملكا لأحد بل تحرير محض و من هنا الحقوها بالمساجد فى جميع الأحكام الشرعيه و عليه فلا يصح بيعها بوجه، بل يعامل معها معامله المساجد.

و الحاصل: أن الوقف على أنحاء منها ان يكون تحريرا كالمساجد و المشاهد المشرفه فإنها للّه و وقفوها لان تكون معابد للمسلمين من غير أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۲

تكون ملكا لأحد أو لجهه كما أن البيع و الكنائس معابد لليهود و النصارى، من غير أن تكون ملكا لأحد و عليه فلا يجوز بيعها كما عرفت، و اما الوقف للصلاه مثلا فليس بمسجد كما تقدم، و أما لا يكون الوقف تحريرا فيكون تمليكا سواء كان وقفا على الذريه أو وقفا على الكلى كوقف الحمامات و الدكاكين و نحوهما على الكلى كالعلماء و الصلحاء و الفقراء

و الزوار و نحوهم من العناوين الكليه بحيث تكون المنفعه ملكا طلقا لهم أو وقفا على الجهه كالرباط و الخانات و القناطر و نحوها فإنها وقف على الجهه لينتفعوا منها فقط بحيث كما ان ملكهم على الوقف مضيق فكك ملكهم على المنفعه أيضا مضيق و ربما يعبر عن ذلك بملك الانتفاع و لكنه لا معنى له، و الوجه فى كونه تمليكا هو قيام السيره العقلائيه على ضمان الغاصب لهذه الأوقاف بخلاف المساجد فبالملازمه نكشف كونه تمليكا و هذا لا شبهه فى جواز بيعها مع عروض المسوّغ لها كما سيأتى فى مسوغات بيع الوقف.

ثم ان هنا قسما آخر من الوقف فيكون به الاقسام خمسه و هو الوقف على الوقف نظير الأوقاف على المساجد و المشاهد و المدارس كما جرت السيره على وقف الدكاكين و الحمامات و العقار على المدارس و المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد و المعابد و الظاهر أنها تمليك عليها و ان كانت نفس المساجد غير مملوكه و ذلك فان قوام الملكيّه انما هو بالإضافه بين المالك و المملوك فتلك الإضافه خفيفه المؤنه فكما يمكن اعتبار الملكيه للاحياء و الأموات من ذوى الشعور و العقول، فكك يمكن اعتبارها الغير ذوى الشعور أيضا من الجمادات كما يمكن اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا للشخص مع الإضافه إلى الذمه على ما تقدم.

و بالجمله أن اعتبار الكلى لغير ذوى الشعور من الأشخاص الجماديه ليس أخف من اعتبارها للكلى و اعتبار الكلى ملكا لذوى الشعور كما هو واضح،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۳

بل هذا المعنى موجود فى بناء العقلاء أيضا مع قطع النظر عن الشرع فان فى بنائهم اعتبار

الملكيه على غير ذوى الشعور.

و عليه فآلات المسجد و أسبابه لا تلحق بالمسجد فى الحكم بجواز البيع فان نفس المسجد ليس ملكا لأحد كما عرفت و هذا بخلاف آلات فإنها تمليك للمسجد فيجوز بيعها إذا عرض لها ما يسوغ البيع و لا يبعد، بل من القريب أن من هذا القبيل الموقوفات التى وقفت على المشاهد المشرفه من القناديل و السّراج و نحوهما فإنها تمليك لها لينتفع بها فيها بالمنافع التى أعدت لها و لو كانت هى التزين و تعظيم الشعائر فإنه لا يترتب فائده على القناديل المعلقه من المشاهد و الجواهر المعلقه مع كونها بأغلى القيم و أعلاها الّا التزيين و التعظيم فلا يجوز بيع شى ء منها الّا بعروض مجوّز فليس حكمها حكم المشاهد، فإنك عرفت أنها ليست ملكا لأحد، بل هى تحرير كالإماء و العبيد إذا أعتقوا و هذا بخلاف هذه الأمور فإنها تمليك للمشاهد فيجوز بيعها عند عروض المجوّز و من أخذها يكون ضامنا.

و من هذا القبيل وقف الدكاكين و الحمامات و بقيه الأملاك على المدارس و المساجد و المشاهد و لكن فرق بينها و بين آلات المسجد و قناديل الحرم و جواهره التى وقفت للتزيين و التعظيم و هو ان الدكاكين و نحوها وقفت عليها لتكون منافعها لها بحيث تصرف فيها نظير صرف منافع الموقوفات على الكلى فى أفرادها فتكون تلك المنافع ملكا طلقا لها و مملوكا شخصيا لهؤلاء و كك منافع تكون ملكا طلقا للمساجد و المشاهد بحيث ان لمتوليها بيع تلك المنافع و تبديلها بشى ء آخر من غير عروض مجوّز لها ثم بيع ذلك أيضا و تبديلها بشى ء آخر من الدار و الدكان و نحوها و هذا بخلاف الأصل أعنى

ذى المنفعه فإنه لا يجوز بيعها الّا بعروض المجوّز كما أن ما يكون وقفا للعناوين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۴

الكليه أو الـذريه تكون منفعتهـا ملكا طلقا لهم يفعلون فيها ما يشائون بخلاف أصل الوقف الـذى حصل منه النفع فحقيقه الوقف الـذى عبـاره عن تحـبيس الأصـل و تسبيـل الثمره موجوده هنـا من غير أن يكون تحريرا و هـذا بخلاـف مثـل آلاـت المسـجد و المشاهـد و مـا كـان وقفـا لهـا للتعظيم و التكريم فان نفعها عباره عن التعظيم فقط فليس لها نفع سواه و سوى التزيين فيكون نظير الوقف على الجهه كالمـدارس و القنـاطر و الربط و الخانات فليس للموقوف عليهم الّا الانتفاع بالتفرج و نحوه، أى انهم ما لكون بمنفعه خـاصه لاـ بجميع منافعـا فـان مـالكيتهم مضـيق فيهـا كتضـيق مـالكيتهم على أصـلها لا أنهم مالكون بالانتفاع فإنه لا معنى للوقـف، بـان يكـون الموقـوف عليهم ان يملكون على فعلهم و جمله من تلـك الآلاـت نفعهـا يكون منحصـرا بـاستراحه الزوار و المصـلين و جمله منها تكون ذو جنبتين أى يكون نفعها تعظيما للشـعائر و عائـدا إلى اسـتفاده الزوار و المصـلين و على كل حال فليست وقفـا على الجهه، بل وقف على نفس المساجـد و المشاهـد و تمليك لها و لكن الـداعى يختلف تاره يكون انتفاع الناس فقـط، و أخرى تعظيم الشـعائر من حيث التزيين فقـط، و ثالثه يجتمعان و كيف كان فما كان نفعه عائـدا إلى الواردين فمن حيث أنهم واردين لهذا المحل و زوارها و المصلين فيها.

ثم انه من هـذا القبيـل الاجزاء المسـتحدثه فى المساجـد و المشاهـد كاسـقف و الجـدران و نحوهما فإنها تمليك لها من غير أن تكون تحريرا و لذا يجوز بيعها بعد

الخراب إذا لم يمكن صرفها فى نفسها، بل يمكن القول بذلك فيها إذا لم تكن مستحدثه، بل صار وقفا على هذا النحو كما إذا ابنى بناء ثم جعله مسجدا، بل الأمر كك فى جميع اجزاء المشاهد و المساجد أى ما كان الوقف تحريرا فجميع اجزائها من الأرض و الجدار و السقف و سائر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۵

الأجزاء كلّها وقف على نحو التمليك المسجد و المشهد و ان المسجد و المشهد غيرها أى المكان التى تلك الأجزاء موجوده فيها فإنها بحسب التحليل و الدقه ليست بمسجد و مشهد، بل من أجزائها و ان كان يحرم تنجيسها و هتكها الّا أن ذلك من جهه كونها جزء للمسجد و المشهد و تحقيق هذه الدعوى.

أن المسجد انما هو المكان الذى يحتاج اليه كل جسم و يفتقر اليه و ليس هذا المكان عباره عن الأرض و لا الهواء الموجود فى الفضاء، بل هما أيضا من الأجسام المحتاجه إلى المكان، بل المكان و ان كان شيئا يحتاج فهمه الى النظر الدقيق، بل مما يتحير فيه العقول و يختلف فيه أهل الفلسفه أيضا فى بحث الاعراض و فى بحث غناء الواجب تعالى من المكان و لكن الظاهر و لو بحسب المسامحه العرفيه أنه عباره عن البعد الخالى من كل شى ء حتى من الهوى و لذا لو أخرجت جميع اجزاء المسجد من الأرض و السقف و الجدران الى محل آخر و اترس محلها تراب و جص غيرها ترتب حكم المسجد على الاجزاء الجديده و انسلخت عن الاجزاء الخارجه و هكذا الحكم فى غير المساجد من الأملاك الشخصيه فإن المكان الذى متعلق حق الناس إذا خلا عن جميع الاجزاء من التراب

و الأجر و الجص و بفرض المحال عن الهواء أيضا، بل الى تخوم الأرض بالفرض المحال لو كان الى تخوم الأرض متعلق حق الغير و ان لم يكن ككك فان متعلق الحق ما يعتبره العقلاء للملاك من الفوق و التحت و كك فى المساجد فى غير المسجد الحرام، فإنه ورد روايتين فى خصوص مسجد الحرام انه مسجد من تخوم الأرض إلى عنان السماء.

فإذا خليت عن التراب الى تخوم الأرض بالفرض المحال هل يتوهم أحد أن حق المالك زال عن هذا المكان، بل نفس ذلك المكان متعلق حق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۶

الغير و ملك له فليس لأحد أن يزاحمه.

و بالجمله أن المكان سواء كان مسجدا أو ملكا لأحد ليس عباره عن الأرض و الهواء، بل جميعها موجود فى المكان و ذلك المكان مسجد و ملك للغير من الفوق و التحت بالمقدار المتعارف لا من تخوم الأرض إلى عنان السماء كما توهم أنه من تخوم الأرض إلى عنان السماء مسجد فإنه بلا مدرك فلو خليت الأراضى من جميع الأجزاء الأرضيه، بل الهواء أيضا محالا فالمكان الخالى من الفوق و التحت مسجد و ملك للغير بالمقدار الذى يعتبره العقلاء ملكا فى الاملاك و هذا المقدار أيضا مسجد و كك الأمر فى المسجد الحرام أيضا فلو خربت الكعبه العياذ باللّه و أخرجت الأحجار و التراب عنها، فلم تزل الكعبه، بل زالت اجزائها بحيث لا فرق بين البناء الموجود فيها و الهواء الموجود فى السماء الرابع فان جميعها كعبه و كك الى تخوم الأرض فالكعبيه غير قائمه بذلك البناء و الذى يدل على صدق هذه الدعوى مضافا الى ما ذكرناه ما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المساجد

و ككـ المشاهـد تحرير ملـك و فـك له إلى الأبـد حتى يرث اللّه الأرض بحيث لا ينقلب عما هو عليه بوجه مع أن جـدرانها و كك سائر أجزائها عن السقف و غيره لا تبقى إلى الأبد بل تخرب و يتجدد ببناء آخر و لو بعد ألف سنه فلو كان قوام المسجديه و المشـهديه بتلك الاجزاء لزالت و لم تبقى إلى الأبد فهو خلف و مناقضه و نكشف من ذلك أن المسجديه غير قائمه بها و انما هى أجزاء المسجد كما لا يخفى.

بقى هنا شـى ء و هو أن ثوب الكعبه هل هى وقف للكعبه أو للزائرين أو للخـدمه و انه على تقـدير كونه وقفا للكعبه كيف يجوز أخذه فى كل سنه و صرفه فى غير مصارف الكعبه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۷

أقول: الظاهر أنه بذل للبيت الى ان يكون لها سـنه واحده فلا يجوز التصـرف فيه الى سـنه ثم يأخذه المتصدى للكعبه و يتصـرف فيه ببذله الى خدمته أو الى رواه كيف شاء، بل سـمع أن فى المصر موضع وقف على ذلك بحيث أن يصنع منه فى كل سنه ثوبا للكعبه.

و بالجمله أن ثوب الكعبه لا يقاس ببقيه أموال المساجـد و المعابـد و المشاهد فإنه لا يجوز التصـرف فى بقيه أموالها بنحو و هذا بخلاف ثوب الكعبه فإنه يجوز التصـرف فيها بعـد سـنه لأنه من الأول جعل هكـذا خصوصا لو صح ما سـمع ما ذكرناه من تهيئته موضع لذلك فى المصر.

و بالجمله ثوب الكعبه ليس وقفا لها ليستشـكل فيه بأنه كيف يسوغ بيعه بعد سنه مع كون الوقف مؤبدا، بل هو هديه للبيت ينتفع به الى سنه و لا يجوز لأحد ان يتصرف فيه الى

سنه ثم يؤخذ و يتصرف فيه فمن الأول جعل هبه للبيت إلى سنه ثم الى المسلمين أو الخدمه و نحوهم و يشهد على ذلك ما ورد من جواز بيع أستار الكعبه و الانتفاع به كما فى روايه مروان بن عبد الملك و اما ما ذكر من عدم جواز التكفين به فمن جهه الاحترام لتنجسه بما يخرج من أسفل الميت.

الكلام فى مسوغات بيع الوقف

اشاره

(قوله: إذا عرفت جميع ما ذكرنا فاعلم أن الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور).

أقول: ذكرت أمور يجوز بها بيع الوقف

منها ان يخرب الوقف

اشاره

و ان كان المذكور فى كلامهم هو ذلك و لكن الخراب ليس موضوعا للحكم، بل موضوع

الحكم هو عدم إمكان الانتفاع به و الخراب مقدمه لذلك و من هنا لا ينحصر الحكم بالخراب فقط، بل يجرى فى كل مورد سقط عن الانتفاع به كما يجرى فى الخراب أيضا، و ذلك كالدار الموقوفه إذا خربت و كذلك اخشابها و الحيوانات الموقوفه لمسجد إذا ذبحت أو الأعيان الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها كالدور غيرها إذا كانت فى قريه خربت أو غار عنها أهلها و بقيت الدار الموقوفه مسلوبه عنها المنافع و هكذا الظروف و الأخشاب و الأحجار و نحوها.

فتحصل انه لا موضوعيه للخرابيه

ثم انه يقع الكلام هنا فى جهتين:-

اشاره

الاولى: من جهه المقتضى و الثانيه: من جهه المانع.

اما الكلام فى الجهه الأولى، [أى المقتضى]

فحاصل ما ذكره المصنف أن المانع من بيع الوقف أمور، فلا يجرى شى ء منها فى المقام الأول الإجماع.

و فيه ان ادعى الإجماع على عدم جواز بيعه كما هو كك سواء كان إجماعا تعبديا أو له كك، الّا انه لا يجرى فى المقام إذ لا خلاف فى جواز بيعه عند خرباه و سقوطه عن الانتفاع به.

الثانى ما فى روايه على بن راشد لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

و فيه انها منصرفه الى غير هذه الحاله لأن النظر فيها ان كان الى موردها فلا شبهه ان مورد كلامنا ما يكون الوقف ساقطا عن الانتفاع به و فى الروايه ليس كك و لذا فرضت فيها الغله فلو كانت ساقطه عن الانتفاع بها لم تكن ذات غلّه و ان كان النظر إلى إطلاقها فلا شبهه فى انصرافه الى غير هذه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۷۹

الصوره لأن الواقف وقف الأرض لتبقى موقوفه و ينتفع الموقوف عليهم بها لتكون المنفعه ملكا طلقا لهم أو يملكون بالمنفعه الخاصه المعبر عنها بملك الانتفاع بالمعنى الذى ذكرنا و الّا فلا معنى للوقف لان يملك الموقوف عليهم بفعلهم فإذا سقط الموقوفه عن هذه الحاله فتخرج عن لزوم إبقائها إلى الأبد فتخرج عن الوقفيه التى كانت عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره من حيث جواز البيع لا من جميع الجهات ليقال ان لازم ذلك سقوط الوقف عن الوقفيه كما تقدم ذلك فى توجيه كلام صاحب الجواهر و أستاذه كاشف الغطاء فمن الأول لم يشمل إطلاق الروايه على ذلك و منصرف الى غير تلك الحاله كما ادعاه المصنف (ره) من أنها

منصرفه الى غير تلك الحاله.

و اما قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فذكر المصنف أولا أنه ناظر الى وجوب مراعاه الكيفيه المرسومه فى إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و ان ذكر فى متن العقد و أفاد ثانيا و لم سلم أن المأخوذ فى الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاء البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا.

أقول: لا وجه لما أفاده أولا فإنه يرد عليه أولا انه مناقض لما استدل به سابقا على عدم جواز بيع الوقف، و ثانيا: أنه لا وجه لتخصيص الروايه بالكيفيات مع شمول إطلاقها للبيع أيضا فيحكم بعدم جواز بيع الوقف و عدم جواز التصرف فيه على غير جهه قصد الواقف أخذ بالإطلاق.

و ثالثا: على فرض عدم شمولها للكيفيات فالأدله الأخرى الناظره على إمضاء الوقف على طبق المعنى اللغوى الذى عباره عن الحبس و السكون و على طبق المعنى الشرعى الذى ذكره الفقهاء اعنى حبس العين و تسبيل الثمره كافيه فى الماضيه فلم ترد لأدله المانعه على نحو التعبد فعدم جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۰

بيع الوقف ليس للتعبد، نعم ما افاده ثانيا من اعتبار إبقاء العين فى مفهوم الوقف و لكن اعتبر ذلك مقيدا بانتفاع البطون فمع عدم إمكان الانتفاع فلا يكون حقيقه الوقف متحققه هنا من حيث جواز البيع فقط لا من الجهات الأخرى بحيث يكون الوقف مطلقا باطلا فحينئذ لا تمنع عن البيع الأدله المانعه بوجه لما عرفت انها مسوقه لإمضاء ما اعتبر فى مفهوم الوقف فقط و ليست ناظره إلى جهه التأسيس فمع انتفاء حقيقه الوقف و

مفهومه من جهه جواز البيع فلا تبقى فى البين أدله الإمضاء أيضا.

أما الكلام فى جهه الثانيه [أى المانع]

فهو ما أشار إليه

بقوله، و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف، إلخ.

أقول: انه لا إشكال فى وجود المقتضى لبيع الوقف إذا عرضه ما يوجب سقوطه عن الانتفاع به و تحقيق ذلك ان الأمر حينئذ دائر مدار تعطيل الوقف حتى يتلف و بين انتفاع البطن الموجود به و بين تبديله لينتفع به البطن المتأخر و الظاهر جواز تبديله بل لزومه لينتفع به البطن الموجود و البطون المتأخره و ذلك فإن العباره المقترنه بكلمه الواقف حتى يرث اللّه الأرض و من فيها مع كون العين الموقوفه مما لا بقاء لها إلى الأبد قطعا مع عدم المعنى لوقف المنقطع تدل على ان الخصوصيه غير دخيله فى العين الموقوفه و أن الملحوظ فيها انما هى طبيعى الماليه فى ضمن اى شخص كان فما دام يمكن الانتفاع بعينها فبها و الّا فيبدّل بعين أخرى عن جنسها أو من غير جنسها فينتفع بها مثلا لو وقف عبدا أو حمارا أو شيئا آخر مما لا دوام فيه على صلاح المسجد حتى يرث اللّه الأرض و من عليها فلا بد و أن يكون نظر الواقف إلى طبيعى المال و الّا فلا معنى لتعقيب كلامه بهذه العباره لعدم كونها قابله للبقاء فإذا سقطت عن الانتفاع بها يبدل بشى ء آخر فينتفع به و هكذا لتبقى إلى

الأبد الّا ان يعرضه بشى ء و يهلكه فحينئذ ينتفى الموضوع و هكذا الأمر فى العين التى تصلح للبقاء و لكن عرض لها ما يسقطها عن الانتفاع بها كالدار الموقوفه فى قريه فإنه إذا غار أهلها سقطت هذه الدار

عن الانتفاع بها فحينئذ يجوز بيعها و تبديلها بشى ء آخر فلا يصرف ثمنها الى الموجودين لينقطع الوقف و ان كانت لعرصه هذه الدار بقاء لما عرفت أن غرض الواقف انما هو البقاء الى أن يرث اللّه الأرض و من فيها و الإتلاف مناف لغرض الواقف و من هنا اندفع ما توهم من أن الأوقاف التى لا بقاء لها فإنما تصير ملكا طلقا للبطون اللاحقه فيجوز لهم أن يفعلوا فيها ما يشائون على أن لازم ذلك أن يجوز بيعها بمجرّد موت الطبقه السابقه و ان لم يعرض للوقف ما يسقطه عن الانتفاع به و هو خلاف البداهه.

و يؤيد ما ذكرناه أن الأوقاف و لو كانت من قبيل الربط و الخانات لا بقاء لها إلى الأبد فمع ذلك أى معنى لاقتران صيغه الوقف فيها بأنها وقف الى ان يرث اللّه الأرض و من فيها أى ينفى ما سوى اللّه كما ذكرت هذه الجمله فى وقف على (ع) فى الروايه المتقدمه الحاكيه عن ذلك فيعلم من ذلك ان المراد هو ما ذكرناه، نعم مع كون العين الموقوفه هى الأرض فتكون العرصه الخاليه من كل شى ء قابله للبقاء.

و من هنا اندفع ما فى المتن من انه إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهى ملكه الى من أدرك آخر أزمنه بقائه و لعله الى ذلك أشار بالأمر بالتأمل.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه العمومات الداله على صحه المعاملات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و تِجٰارَةً عَنْ تَرٰاضٍ فإنها تقتضى صحه بيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۲

الوقف إذا سقط عن الانتفاع بها فان المانع

عنهـا انمـا كانت هى الأدله الـداله على عـدم جواز بيع الوقف فإذا سـقطت هى عن المانعيه فتكون هى محكمه و مقتضـيه لجواز البيع كما لا يخفى.

و بـالجمله أن أدله عـدم جواز بيع الوقف فيمـا إذا كانت العين الموقوفه باقيه على حالها و أمكن الانتفاع بها فى الجهه التى وقفها الواقف لأجلها و إذا سقطت عن الانتفاع بها لم تكن مشموله لها.

و بعباره أخرى أن ما دلّ على المنع عن بيع الوقف ليس وارد على نحو التعبـد، بل إمضاء لما أنشأه الواقف من جعله ساكنا و غير متحرك بـالبيع و الهبه و جعله مهرا للزوجه و غيرها من التصـرفات كما يقتضـيه مفهوم الوقف أيضا و إذا سـقطت العين الموقوفه عن الانتفاع بها ارتفع المنع عن بيعها و خرجت العين عن الوقفيه من هذه الجهه و جاز بيعها كما لا يخفى.

ثم انه يقع الإشـكال فى أنه بعـد ما جاز بيع الوقف مع عروض ما يخرجه عن الانتفاع بها و بـدل بشـى ء آخر فكيف يصـير ذلك وقفا كمبدله مع عدم تعلق الإنشاء من الواقف عليه.

و على تقـدير تعلق الإنشاء به فلا فائده فيه فإنه لا يملك بالبدل حين وقف المبدل فما لا يملكه لا يجوز وقفه لانه لا وقف إلّا فى ملـك و بعـد تبـديله بـالثمن فليس ملكـا للواقف و على تقـدير رجوعه الى ملكه لا يكون وقفـا إلّا بإنشاء جديـد فهو منفى، بل مقتضـى القاعده حينئذ أى مع الرجوع الى ملكه اما كونه ملكا للواقف على تقدير حياته و للورثه مع موته و هذا هو الذى يقتضى كون البدل وقفا للبطون جيلا بعد جيل لا ما ذكره المصنف من كون الملكيه للموجودين فعليه و للمعدومين شانيه فإن

الملکیه الشأنیه للمعدومین موجوده فی أموال جمیع الناس بالنسبه إلی الورثه فلیس منحصرا بالمقام، بل ملکیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۳

المعدومین انما هو بإنشاء الواقف لا أن المعدومین یتلقون الملکیه من الموجودین بموتهم کما یوهمه ظاهر عباره المصنف و ان لم یکن مرادا له فان مراده هو ما ذکرناه.

و الذی ینبغی ان یقال ان الإنشاء و ان تعلق بالعین الشخصیه الموجوده فی الخارج و لکن لا خصوصیه للخصوصیه الخارجیه فی العین الموقوفه و انما هی هذه العین الخارجیه مع لحاظ المالیه العاریه عن الخصوصیه الشخصیه فهذه المالیه فی هذه العین الموقوفه الخارجیه ما دامت موجوده و بعدها تکون باقیه فی العین الآخر مع التبدیل و اذن فالمالیه المحفوظه مع الإمکان متعلق الوقف فلا فرق فی کونها وقفا بإنشاء الواقف و هذا و الخدشه فیه فی مقام الثبوت.

و اما فی مقام الإثبات فالقرینه علی ذلک کون الوقف مؤبدا الی ان یرث اللّه الأرض و من فیها و عدم إمکان إبقاء العین إلی الأبد فیعلم من ذلک أن الوقف انما تعلق بشی ء له أمد حسب طول الزمان بقدر الإمکان غایه الأمر ما دامت العین الموقوفه بشخصها باقیه فخصوصیاتها أیضا متعلق الوقف حین الإنشاء و لذا لا یجوز تبدیلها قبل عروض المجوّز اذن فالبدل وقف بإنشاء نفس الواقف لا بإنشاء آخر علی أنه لو کان ملکا للبطن الموجود لا تنقل حق کل منهم بمجرد موته الی وارثه مع أنه لیس ککک.

ثم انه یقع الکلام فی جهات:-

الاولی: هل البدل ملک للواقف أو للموجودین أو حکمه حکم الأصل فی کونه وقفا

فالظاهر أنه وقف کأصله فلیس ملکا للواقف و لا للموقوف علیهم إذ لا مقتضی له، بل ملک للموقوف علیهم ملکیه قاصره لا ملکیه مطلقه و بدل علی ذلک نفس جواز بیع الأصل مع عروض المجوّز

فإنه لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۴

لم يكن وجه لجواز البيع و لا- للزومه، بـل يكون ملكا لهم بمجرد عروض المجوّز فيعلم من ذلك ان الموقوفه أمر قابل للبقاء فما دام يمكن بقائها فى العين الخارجيه فبها و إذا توجّه الى الزوال فيباع فيبدل بشخص آخر كما عرفت مفصّلا و لو كان ذلك ملكا للموقوف عليهم الموجودين لكان حق كل منتقلا الى وارثه بموت واحد منهم و ليس كك.

و الـذى يوضـح ذلك و كون البـدل وقفا أنه لو أتلفه أحـد فهل يتوهم أحد أن ما ضـمنه يكون للموقوف عليهم بل لا شـبهه فى كونه وقفا كالأصل و يجعل مقامه و تثبت لهم الملكيه لها ملكيه قاصـره بمعنى ليس لهم أن يفعلوا فى البدل، ما شائوا من الهبه و البذل و جعله مهرا للزوجه إلّا جواز البيع و من هذا القبيل المثلان الذان ذكرهما المصنف.

الأول: ان ديه العبد المقتول مشترك بين البطون فثمنه أولى بذلك حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف فجـاز عقلا- مـع سـرايه حق البطون اللا-حقه إليه بخلا-ف الثمن فـإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضه الحقيقيه فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض.

الثـانى: أن بـدل الرهن الـذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنيه متعلق بالعين من حيث أنه ملك لمالكه الأول فجاز أن يرتفع لا الى بـدل ارتفـاع ملكيه المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعـدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشئ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فى الوجود.

و بالجمله تعلق

غرض الواقف بدوام الوقف و كونه مؤبدا و جواز بيعه إذا

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۵، ص: ۱۸۵

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۵

عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و كون بدله وقفا فى موارد الإتلاف و الغصب كما أن بدل الرهن رهن جميعها يدل على كون البدل قائما مقام المبدل بعد البيع كما هو واضح.

نعم، بعد ما كان حكم المبدل جاريا على البدل فهل يحتاج إلى صيغه الوقف أم لا يحتاج، فالظاهر أن هذا الاحتمال احتمال لغو و ذلک لأن البدل ان كان بمجرد الشراء و البيع وقفا فلا يحتاج إلى الصيغه ثانيا لأنه تحصيل الحاصل و ان لم يكن وقفا بان كان يرجع الى ملک الواقف فما الذى أوجب كونه وقفا، بل يبقى فى ملک الواقف مع وجوده و ينتقل الى ملک الوارث مع موته و كک إذا كان ملكا للموقوف عليهم.

و بالجمله لو قلنا باحتياجه إلى الصيغه فلا بد و ان يكون ملكا لشخص فى الزمان الفاصل بين البيع و إجراء الصيغه و أى ملزم لإجراء الصيغه و الوقف ثانيا: مع كونه ملكا لأحد، بل له أن لا يوقفه ثانيا.

و ينبغى ان يقال أن البدل وقف من دون احتياجه إلى الصيغه أما كونه وقفا فكما عرفت و اما عدم احتياجه إلى الصيغه فلما عرفت أيضا من أنه مع الاحتياج إليها يلزم ان لا يكون وقفا و لو بالمقدار الفاصل بين البيع، و الوقف و بعده فما الملزم للمالک لان يوقف ذلک ثانيا إذا أراد ان لا يوقف مع انا نقول بالوقفيه مطلق على ان البيع تبديل شى ء بشى ء فى جهه الإضافه

فمـا یکون وقفا ملک للموقوف علیهم فی غیر موارد التحریر فإذا بـدل بشـی ء آخر یکون البـدل أیضا قائما مقام المبـدل و ملکا للموقوف علیهم نظیر بیع الزکاه فإن بدلها یقوم مقام المبدل فیکون زکاه و هکذا فی جمیع الموارد کما لا یخفی.

(و فی حاشیه الایروانی صفحه ۱۷۵ ما یرجع الی ذلک).

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۶

الجهه الثانیه: فهل یترتب حکم المبدل علی البدل

بمعنی انه کمـا کـانت مالکیه الموقوف علیهم بالنسـبه إلی الوقف قاصـره، فکک مالکیتهم علی البـدل، أو لیس کک الظاهر أن حکم المبدل ترتب علی البدل من جمیع الجهات، فلا یجوز إعدامه و لا هبته و لا جعله مهرا للزوجه و لا أکله، لو کان مثل الشاه و نحوهـا إلّا فی جواز البیع مطلقـا فـإن الأصـل لا یجوز بیعه الّا مع عروض المجوّز و هـذا بخلاف البـدل فإنه یجوز بیعه و ان لم یعرضه المجوّز و الوجه فی ذلـک هو أن إنشاء الواقف تعلق بالمبـدل مع لحاظ مالیته بحیث جعل العین الشخصیه الخارجیه وقفا باعتبـار مـالیته لیکون الموقف قابلاـ للبقـاء فمـا دام شـخص الخارجی موجود لا یجوز بیعه الّا مع عروض المسوّغ و إذا انتقل الی البـدل فلا یفرق فی البدلیه بین هذا و ذاک و لذا لو رأی المتولی مصـلحه فی البیع فیجوز له بیعه أی البدل ثم تبدیله بفرد آخر و أن لم یعرضه المسوّغ بخلاـف الأصـل فإن بـدل لما یجوز بیعه فلو لم یجز بیع البـدل لزم کون الفرع زائـدا علی الأصل و من هنا جاز بیعه بدنانیر الیوم مع انه لا ینتفع بها إلّا بإعدام الموضوع لکونه قرطاسا فلا معنی فی کون القرطاس وقفا.

نعم، لو کانت الدنانیر من الذهب فجاز وقفها لزینه النساء لاحتیاجهم إلیها

فى عرسهم فمن ليس له ذلك فتتزين بها أياما ثم يردها الى محلها و هكذا يأخذها الأخر.

فلو لم يجز بيع البدل، قبل عروض المجوّز لم يجز بيعه من الأول بالدنانير الفعليه.

و بالجمله كما ان الموقوف عليهم مالكون على الوقف ملكيّه قاصره فكك مالكيتهم على البدل قاصره فكما أن الأصل جاز بيعه فكك الفرع و الّا لزاد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۷

الفرع على الأصل الّا أن فى البدل خصوصيه لا يحتاج الى عروض المجوّز و هى ما ذكرناه.

و دعوى كون البدل أيضا وقفا مع الخصوصيات الخارجيه الشخصيه دعوى جزافيه لاحتياجه إلى الإنشاء الأخر من الواقف فهو منفى و الإنشاء الواحد لا يتكفل بكون الأصل و الفرع بخصوصيتهما وقفا كما لا يخفى.

و دعوى أن كون البدل بالخصوصيات الشخصيه وقفا لا يقتضى تعدد الإنشاء و الّا لزم تعدده فى المبدل أيضا دعوى جزافيه فإن الواقف إنشاء كون العين الخارجى وقفا بجميع شئونها إلّا إذا عرضه المسوّغ فيجوز بيعه فإذا بيع ينتقل الحكم الى البدل من جهه الماليه و يترتب عليه جميع أحكام المبدل فى حاله جواز البيع فحيث كانت الملكيه عليه قاصره فكك الملكيه على البدل بمعنى انه لا يجوز التصرفات المالكيه فيها الّا البيع كما عرفت.

و ذكرنا الى هنا أن الوقف إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به فيجوز بيعه و أن الأدله المانعه أيضا لما إنشائه الواقف من حبس العين و تسبيل الثمره فلا تشمل صوره تعذر الانتفاع لعدم كون تلك الأدله تعبديه كما عرفت أن حكم البدل حكم الأصل من جميع الجهات فكما أن ملك الموقوف عليهم على المبدل ملكيه قاصره فكك ملكهم على البدل بمقتضى الإنشاء و الأدله المانعه و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ،

فكما يجوز بيع المبدل و كك يجوز بيع البدل فإنه بدل لما يجوز بيعه فلو لم يجز بيعه فكان الفرع زائدا عن الأصل.

الجهه الثالثه: فهل يجب شراء المماثل للوقف بقدر الإمكان أم لا

بل اللازم مراعاه الأصلح فالاصلح على حال الموقوف عليهم و ان كان غير مماثل فإنه ذكر أن للعين الموقوفه ثلاثه حالات العين بخصوصياتها الشخصيه و العين بخصوصياتها النوعيه و العين بمالها من الماليه فإذا انتفت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۸

العين بخصوصياتها الشخصيه فتبقى فيها الحالتان الآخرتان، و اذن فيجب شراء المماثل للوقف الحاوى للخصوصيات النوعيه و الجهه الماليه و ذكروا ذلك فى باب الضمان أيضا فحكموا بالضمان بالمثل كما حققناه مفصلا.

و فيه أنه ممنوع صغرى و كبرى كما ذكره المصنف، اما الوجه فى منع الصغرى هو أن غرض الواقف يختلف فى ذلك فان غرضه ليس دائما متعلقا ببقاء العين و مع انتفائها ببقاء ما هو أقرب الى العين ليحكم بوجوب شراء المثل بقدر الإمكان.

إذ قد يتعلق غرضه بالانتفاع من منافعه من غير ملاحظه خصوصيه العين سواء كانت دارا أو دكانا أو غيرهما فحينئذ لا بدّ من مراعاه ما هو الأصلح لحال الموقوف عليهم فإن الموقوفه و ان كانت دارا مثلا، و لكن منافع الدكان من حيث الأجره و عدم احتياجه الى التعمير كثيرا كما احتاجت الدار إليه أكثر فيجوز بيع الدار و شراء الدكان بدلها و هكذا و قد يكون غرض الواقف بقاء عين الموقوفه بقدر الإمكان كما إذا كان كتابا مخطوطا بخط جده أو بخط واحد من الأكابر فأراد الواقف بقائه تحت يد الذريه فوقفه عليهم فان النظر انما تعلق بحفظ هذه العين الموقوفه فإذا تعذر حفظها و جاز تبديلها ببدل فيجوز أيضا التبديل بأى شى ء كان فان ما

تعلق به غرض الواقف قد فات بفوات العين و لا يفرق فى غرضه تبديلها بأى شى ء كان.

و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فيبيع فدار الأمر بين أن يشترى بثمنه بستانا فى موضع لا- يصل إليهم إلّا قيمه الثمره و بين أن يشترى ملك آخر يصل إليهم أجره منفعته فإن الأول و ان كان مماثلا الّا أنّه ليس أقرب الى غرض الواقف و قد يكون غرضه متعلقا بالانتفاع بمنفعه خاصه كالسكنى فحينئذ يلزم التبديل بما يكون قابلا لذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۸۹

و بالجمله أنه لا- انضباط فى غرض الواقف ليكون متعلقا ببقاء العين بجهاتها الثلاثه و مع انتفاء الخصوصيات الشخصيه تلاحظ فيها الجهه النوعيه و المالكيه، بل الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الّا مدلول كلام الواقف للأدله الخاصه و لدليل وجوب الوفاء بالعقد.

و توهم ان الشرط الضمنى يقتضى شراء الممثال فاسد فإنه ليس هنا شرط ضمنى أولا و على تقدير وجوده فلا يكون مخالفته الّا غير مشروع أو موجبا للخيار و أما فساد البيع بغير المماثل فلا وجه له و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه الّا مصلحتهم.

و أما الوجه فى منع الكبرى فلانه لا دليل على مراعاه المماثله أصلا و انما اللازم ملاحظه مدلول كلام الواقف فى إنشاء الوقف ليجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فحيث عرفت أن ملاحظه كلامه من العباره المقترنه عليه أعنى الى أن يرث اللّه الأرض و من فيها تقتضى أن تكون العين الموقوفه إلى الأبد فإذا كانت قابله للبقاء فلا كلام لنا فيه كالعرضه الخاليه من العماره و الأشجار و نحوها و

الّا فلا بدّ من التبديل الى ما يكون باقيا و لو بالتبديل على مرات و لا يستفاد من ذلك أزيد من وجوب تبديل العين الى البدل إذا عرضها الخراب و اما كونه مماثلا للعين فلا يستفاد من ذلك و لا عليه دليل آخر يدل على اعتبار التماثل كما لا يخفى.

و لا يقاس ذلك بباب الضمان فان مقتضى دليل الضمان فيه هو الضمان بالعين و ردها بجميع خصوصياتها الشخصيه و النوعيه و الماليه فحيث أنه لا يمكن ردها بخصوصياتها الشخصيه لامتناع اعاده المعدوم و على تقدير إمكان الإعاده فهو ليس بقادر على اعاده الخصوصيات الشخصيه فقهر اتصل النوبه إلى الضمان بالمثل و مع عدم إمكانه أيضا فالى الضمان بالقيمه ففى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۰

باب الضمان فالعين تكون مضمونه أولا و مع الانتفاء فالمثل و مع الانعدام فالقيمه و هذا بخلاف المقام فان الدليل هنا أعنى ملاحظه إنشاء الواقف لا يقتضى أزيد من إبقاء الوقف بجميع خصوصياتها الشخصيه ما دامت العين باقيه فإذا انتفت العين يكون بدله وقفا بعد البيع و الشراء فيجلس البدل مكان المبدل بما هو طبيعى البدل لا البدل المماثل كما لا يخفى.

نعم لو اشترط الواقف عند إنشاء الوقف مراعاه المماثله فى التبديل و أخذ البدل يجب مراعاته بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم و الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها أو يقفها أهلها و هذا أمر آخر لا يرتبط بالتبديل بدون الاشتراط.

الجهه الرابعه: فى أنه إذا احتاج الى التبديل فهل يتصدى به الحاكم الشرعى أو الموقوف عليهم

أو الناظر أو يحتاط بالجمع بين الحاكم و الناظر كليهما كما صنعه شيخنا الأستاد أو يتصدى الموقوف عليه مع نصب الحاكم القيم على البطون المتأخره وجوه.

و الذى ينبغى أن يقال انه يجب مراعاه نظر الواقف بأنه بأىّ

كيفيه أنشأ الوقف فـان كان نظره كون الوقف للموقوف عليهم و مالكيتهم عليه من دون أن يكون لهم السـلطنه على الوقف، بل السـلطنه من جميع الجهـات بيـد النـاظر للوقف و متوليه فحينئـذ ليس للموقوف عليهم و لاـ للحـاكم أن يتصـدى بـالبيع أصل، بل المتصـدى بـذلك هو الناظر فقط أما الحاكم فواضح، لأنه ولى من لا ولى له، و الناظر ولّى الوقف فيتصـرف فيه على النحو الذى جعله الواقف متولّيا للوقف لان الناس مسلطون على أموالهم، فيتصرف فيه كيف يشاء فله أن يقفه و يجعل توليه الوقف للغير و لا يكون للموقوف عليهم إلّا الملكيه فقط لئلا يقع بينهم النزاع و التشاجر لو كان أمر الوقف بيديهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۱

و من هنـا ظهر عـدم كون الموقوف عليهم متصـدّيا بـالبيع، فـان الواقف مالـك على العين فله ان يفعـل فيهـا مـا يشـاء فـإذا وقفها للموقـوف عليهم و جعـل سـلطنتها تحت يـد النـاظر فيتبع فلاـ يكـون للموقوف عليهم إلّـا ملكيه قاصـره من غير أن يقـدروا على التصرف فيه غير أنهم مالكون له فلهم منافعه، و اما السلطنه عليه فهى بيد الناظر.

و بالجمله ان الموقوف عليهم و ان كانوا مالكين للعين الموقوفه الا انهم قاصـرون عن التصـرف فيها لعدم سـلطنتهم عليها من قبل الواقف بل سلطنته تحت يد الناظر فقط بجعل الواقف كما هو واضح.

و ان لم يكن هنا ناظر و لم يجعل الواقف أمر السـلطنه للناظر و للحاكم بل وقف العين للموقوف عليهم غير تعرّض لهـذه الجهات بوجه فحينئـذ يكون أمر الوقف بيـد الموقوف عليهم و تكون سـلطنته لهم لان الملك لهم و الناس مسـلطون على أموالهم، فليس للحاكم و لا لغيره التصرف فيها بوجه، بل

یکون تصرفات غیر الموقوف علیهم تصرفا محرّما فإنه لا دلیل علی ولایه الحاکم علی ذلک کما تقدّم اللّهم الّا أن یقال ان الحاکم ولی من قبل المعدومین فإنهم أیضا مالکون للوقف و لکن قاصرین عن التصرف فیه فیکونون کبقیه القاصرین و من الواضح أن الحاکم الشرعی ولّی القهر.

و فیه أولا أنه لا کلیه لذلک بأن یکون البطن الثانی قاصرا عن الوقف لکونه مع المعدومین لجواز وجودهم و وجود البطن الثالث، نعم یصح هذه الدعوی فی غیر الموجودین، فلا وجه لدعوی کون الحاکم ولیّا لغیر البطن الموجود لقصورهم علی الوقف للعدم.

و ثانیا ان المعدومین لیسوا مالکین للوقف و لا أن لهم حقا فیه بالفعل لیکون الحاکم ولیّا لهم فی حفظ حقهم غایه الأمر أن الواقف جعل لهم فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۲

إنشاء الوقف حقا تعلیقیا بمعنی إذا ماتت الطبقه الأولی فتنتقل الموقوفه إلی الطبقه الثانیه لا إلی الورثه و علیه فلا موضوع لولایه الحاکم لهم أصلا.

ثم ذکر المصنف فی ضمن هذا الفرع فرعا آخر و هو أنه بناء علی کون نظاره الوقف للحاکم أو للناظر أو للموقوف علیهم فی البیع و نحوه فهل للناظر علی الأصل نظاره للبدل أیضا فیصدی هو ببیعه و شرائه أم لا؟

و الظاهر أن هذا أیضا تابع لقصد الواقف و جعله کما ذکرناه فی رجوع أمر الأصل إلی الحاکم أو الی الناظر أو الی الموقوف علیهم فمع الإطلاق فیکون للموقوف علیهم لان الناس مسلطون علی أموالهم.

قوله: ثم انه لو لم یمکن شراء بدله و لم یکن الثمن مما ینتفع به.

اشاره

أقول: فذکر المصنف هنا فروعا الأول أنه إذا لم یمکن شراء البدل للمبدل و لم یکن الثمن مما ینتفع به مع بقاء عینه لکونه من النقدین، فقد عرفت أن النقدین لا یجوز وقفهما

لعـدم إمكان الانتفاع بهما إلّا بالأعـدام إلّا إذا كانا من الذهـب و الفضه و قصد بهما التزيّن فإنه يجوز وقفهما لذلک و أما فی غير هـذه الصوره خصوصـا النقود الفعليه القرطاسـيه فلاـ يجوز وقفهـا و عليه فلاـ يجوز دفعها الى البطن الموجود لما عرفت من كون البدل كالمبدل مشتركا بين جميع البطون فحينئذ توضع عند أمين حتی يتمكن من شـراء ما ينتفع به و لو وجد فی ظرف التفحّص من يبيع الدار مثلا ببيع خيارى يفى ثمن الوقف بشرائه كما إذا كانت هناک دار تساوى ألف دينار فيبيعها المالک بالبيع الخيارى بخمسه مـائه دينـار و كـان ثمن الوقف أيضـا خمسه مـائه دينـار فيجوز ذلـک فـان فسـخ الـبيع بعـده فيرد الثمن مع انتفـاع الطبقه الموجود فی البين و ان لم يفسخ فيكون بدل الوقف أقوى و انفع من الوقف فينتفع به الموجودين و المعدومون.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۳

ثم قال و لو طلب ذلک البطن الموجود فلا يبعد وجوب اجابته و لا يعطل الثمن حتی يؤخذ ما يشترى به من غير خيار.

أقول:

و فی كلامه قدس سره جهات من البحث:-

الاولى: أنه هل يجوز بيع الوقف بالدرهم و الدينار

خصوصا إذا كانت مما لا ينتفع به الّا بإعـدام موضوعه (قال المحقق الايروانى ان البـدل لا بـدّ و ان يكون عينا صالحه لأن توقف من جهه اشتمالها على المنفعه فلو كان مما لا منفعه فيه كالدراهم لو فرضنا ذلک فيها لم يجز جعله بدلا).

و الوجه فی ذلـک هو ان الواقف جعل ماله وقفا على الموقوف عليهم مؤبـدا بحيث يحبس أصـله و يسـبل ثمره و ما لا نفع فيه الّا بإعدامه فلا يكون قابلا للبدليه، نعم لو قصد به التزيّن فلا بأس من جعله بدلا و لكنه أمر نادر الوجود.

و يرد عليه أمران: الأول)

أن الوقف و ان كان مؤبـدا و لكن يجوز تبديلها بالنقود و ان لم ينتفع بها إلّا بإعدام موضوعها و ذلك من جهه ان غرض الواقف انمـا هو بقـاء الأصل و تحبيسه و تسبيل الثمره و من المعلوم أن هـذا لا يكون الّا بالبيع، فان كثيرا من الأعيان الموقوفه ليست قابله للبقاء فلا بـدّ من التبديل و تبديل عين الوقف بعين أخرى لا يوجد الّا قليلا فإنه قلما يوجد من يرغب ان يبدل الدار مثلا بالدكان فانتظـار ذلـك ربمـا ينجر الى خراب الوقف و فنـائه، فلا بـدّ حينئـذ من بيعه بالنقـدين لكونه هو الكثير فإذا بيع بها فيشترى بها ما يكون صالحا للبقاء.

و عليه فالنقود ليست بموقوفه بل فى طريقه الوقف و صـراطه بحيث يسار الى الوقف و جعله مؤبـدا بالنقود و الّا فلا يمكن تبـديله عاده فإن المعاوضه و المبايعه لا يكون عاده إلّا بالنقود.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۴

الثانى: أن الوقف على قسـمين: الأول) أن يكون وقفا بشـخصه لتعلق إنشاء الواقف به بالخصوص بحيث يكون وقفا بخصوصـياته الشخصـيه فلا يجوز التصـرف فيه بوجه، حتى الموقوف عليهم لكون مالكيتهم عليها قاصره إلّا إذا عرضه ما يجوّز بيعه فيجوز بيعه فليس لهم الّا الانتفاع بها.

و الثـانى) مـا يكون وقفا لكونه متعلقا لإنشاء الواقف بحسب ماليته بمعنى انه حيث كان غرض الواقف دوام الوقف و أنه لم يكن حبسـا ليكون مؤجلاـ و لم تكن العين الشخصـيه قـابله للـدوام فهمنـا من ذلـك أن غرضه بقـاء المـاليه بعـد مـا سـقط هـذه العين بالخصوص عن الدوام.

و عليه فالبدل بعد التبديل وقف لأجل كونه بدلا عن الوقف و لذا قلنا بعدم احتياجه فى كونه وقفا إلى الصيغه كما تقدم،

و من الواضـح أنه بـدل للمبـدل فی الحـاله التی یجوز بیعه فی هـذه الحـاله فالبـدل أیضا یجوز بیعه مطلقا و علیه فلا مانع من بیعه بالثمن أی النقود و کونها وقفا بالتبدیل لکونها قائما مقام الوقف فیکون وقفا ثم تبدیله ببدل آخر و هکذا کما أنه لو بدل الوقف من الأـول بـالعین الصالحه للانتفاع یجوز تبـدیلها بعین أخری أیضا لما عرفت أن البـدل لیس کالأصل حتی لا یجوز بیعه، بل هو جائز البیع مطلقا من الأول بل کان قوام البـدلیه بالبیع و الّا یلزم مزیه الفرع علی الأصل لأن الفرض أنه بدل لما یجوز بیعه فالبدلیه فی حاله جواز البیع.

لا یقال انه و ان کان یجوز بیع البدل مطلقا و لکنه لا بدّ و ان یکون فی سلسله الابدال کل واحد من الابدال جائز الانتفاع به و الّا فیکون الوقف لغوا إذ لا معنی لکون شی ء وقفا مع أنه عدیم النفع.

فإنه یقال یکفی فی خروج کون النقود وقفا عن اللغویه کونا بـدلا عن الأصل مقـدارا من الزمان یمکن تحصـیل بدل آخر یکون قابلا للانتفاع به مع

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۵

بقاء عینه لما عرفت من ندره تبدیل العین الموقوفه بعین أخری تکون قابله للانتفاع بها.

و بالجمله لا مانع من الالتزام بکون النقود وقفا فی سلسله الابدال نعم لا تکون وقفا من الأول کما عرفت.

فتحصل أنه لا مانع من بیع الوقف بالنقود ثم اشتراء عین أخری لینتفع بها الموقوف علیهم.

الجهه الثانیه: فی شراء العین الصالحه للانتفاع بها بهذا الثمن بالبیع الخیاری

اشاره

و یقع الکلام هنا فی أمرین:- الأول: فی جواز شراء البدل بالبیع الخیاری و عدمه.

الثانی: فی اعتبار إذنهم فی ذلک و عدمه و انه هل یجب البیع مع مطالبتهم ذلک أم لا.

أما الأول: فربما قیل بعدم جواز ذلک

لأن الوقف یجب أن یکون مؤبدا و البیع الخیاری فی معرض الفسخ فلا یکون وقفا.

و فیه أنه قـد ظهر جوابه مما تقدم من ان وقفیه البدل لیس علی نسق وقفیه المبدل لئلا یصـلح للبدلیه ما لا یکون قابلا للدوام، بل یجوز تبدیل الوقف بکل شی ء حتی الخبز الذی نفعه بإعدامه و بالفواکه غایه الأمر یبدل ذلک أیضا بشی ء آخر و هکذا فیکون بهذه التبدلات المالیه محفوظه التی تعلق غرض الواقف بکونها باقیه و ینتفع بثمرها.

و على هذا فلا مانع من اشتراء دار أو دكان بهذا الثمن بالبيع الخيارى فإن فسخ البائع فقد حصل النفع للموقوف عليهم الذى كان غرض الواقف هو ذلك، بل معنى الوقف كان هو ذلك لما عرفت من أنه تحبيس الأصل و تسبيل الثمره و الثمن أيضا باق على حاله فيشترى به شى ء آخر لينتفع به الموجودون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۶

و المعدومون، و ان لم يفسخ فقد صار بدل الوقف أحسن منه لكونه يساوى بخمسه دنانير و ما اشترى بثمنه يساوى عشرين دينارا.

أما الأمر الثانى: فالظاهر أنه يجب الشراء

سواء طالب البطن الموجود الشراء أم لا، و لا وجه لتقييد وجوب الشراء بصوره المطالبه كما فى المتن و ذلك لأن الانتفاع بالوقف و ان كان حقا للبطن الموجود و لكن ليس لهم إسقاط ذلك و لو بالرضا بعدم الشراء ليقف الوقف عن الانتفاع به مده.

و ذلك لأن كون الوقف بحيث ينتفع به مع بقاء عينه مما جعله الواقف ككك فلا بدّ بحسب إنشاء الواقف و إمضاء الشارع له أن يجعل الوقف هكذا فما دام العين موجوده فهو و بعد تبديلها بالعين الأخرى فلا بد و ان يجعل بدله هكذا و ان لم ينتفع البطن الموجود

بنفعه أو رضـی ببقائه بلا نفع فان رضایته بذلک و عدم رضایته أو انتفائه و عدمه بان لم یأخذ نفعه أصـلا لیس میزانا فی المطلب و لا یوجب تغییر إنشاء الواقف.

الجهه الثالثه: فی جعل الثمن عند أمین مع عدم التمکن من شراء البدل فهل یجب ذلک أم لا،

بل یجوز دفعه الی الموقوف علیهم فقد عرفت أنه ذکر المصـنف أنه حیث کان الوقف حقا للبطون الموجوده و البطون المعدومه و کونهم شـرکاء فی ذلک فان وجد ما ینتفع به البطن الموجود یجب شـرائه و لو بالبیع الخیاری ینتفع به الموجودین مع بقاء مال الوقف لنفع البطن المعـدوم و الّا فلا یجوز دفع الثمن الی البطن الموجود، فإنه کالمال المشترک فهل یجوز دفع المال المشترک الی بعض الشرکاء.

اذن فیجب وضعه عند أمین الی ان یوجد ما یمکن ان یکون بدلا للوقف فیشتری به لینتفع به البطن الموجود و البطن المعدوم.

و فیه انک عرفت فی بحث الأمس أن المعدومین لیس لهم حق فی الوقف

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۷

أصلا فضلا عن کونهم شریکا فیه و انما العین الموقوفه ملک للموقوف علیهم.

نعم، فـالواقف بحسب إنشـائه جعله للبطون المعـدومه علی تقـدیر موت البطون الموجوده و بقاء العین الموقوفه فلیس لهم الا حق تقدیری و تعلیقی و علیه فیجب دفع الثمن الی البطون الموجوده لکونهم مالکین له و الناس مسلطون علی أموالهم.

نعم، لو کـان الثمن فی معرض الخطر مع الـدفع إلیهم، بـل یجعـل عنـد أمین و لکنه لیس مختصا بثمن الوقف، بل الأمر ککک فی أصل الوقف أیضا، بل فی کل من کان الوقف فی یـده و لو کان ناظرا و خیف منه لکونه غیر مبال فی الدین و أکل أموال الناس و الموقوفات فإنه حینئذ یجب استنقاذ الوقف منه و وضعه عند أمین.

قوله: نعم لو رضی الموجود بالاتجار به و کانت المصلحه فی التجاره جاز مع المصلحه الی ان یوجد البدل.

أقول: لاـ شـبهه فی جواز الاتجار بثمن العین الموقوفه ما لم یوجـد البـدل مع رضائه الموقوف علیهم و اما بـدونها فلا، لأن الناس مسلطون علی أموالهم و انما الکلام فی أنه هل

يكون ربحه كمنافع العين الموقوفه للبطن الموجود أو أنه كالعين فى اشتراك البطون فيه وجهان، الظاهر هو الثانى فإن الثمن كالمبيع و ربحه بمنزله جزء المبيع لا- بمنزله منفعته فلا- يختص به البطن الموجود فهذا نظير إعطاء الوقف الذى يساوى بعشره دنانير و أخذ شى ء أخر بدله الذى يساوى بخمسين دينارا فان ما يحاذى بخمسين قائم مقام ما يحاذى بعشره فيكون كله وقفا كالمبدل و ليس ذلك مثل الإيجار فإن الأجره من منافع العين الموقوفه فتكون ملكا طلقا للموقوف عليهم.

قوله: و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زياده منفعه جاز.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۸

أقول: من جمله ما ذكره المصنف من الفروع أنه إذا خرب مقدار من الوقف و بقى المقدار الأخر كالنصف فبيع النصف الخراب فهل يجوز صرف ثمنه فى النصف الأخر ليوجب زياده النفع أم لا؟ فاختار المصنف جواز ذلك.

و حاصل كلامه: أنه إذا خرب نصف الوقف مثلا- و بقى النصف الأخر بحيث يمكن الانتفاع بهذا النصف على النحو السابق، و لكن إذا صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقى يزيد الانتفاع بذلك النصف الباقى كنحو السرداب و ازياد القبه للدار فهل يجوز صرفه فيه أم لا-؟ الظاهر هو الجواز، فان الواقف بحسب إنشائه جعل هذه الأرض وقفا بحيث ينتفع بها مع بقاء عينها و استفدنا أيضا من القرائن المحفوفه بكلامه كونه دائميا الى أن يرث اللّه الأرض و من فيها و عليه فلا يفرق فى حال الواقف و لا فى حال الموقوف عليهم تبديل ثمن النصف الخراب بشى ء يكون له نفع فى كل شهر مثلا عشره دنانير أو صرفه فى النصف الباقى لتكون إجارته بخمسين دينارا و الحال أن الأجره كانت قبل التعمير أربعين أو أقل غايه الأمر مع رضائه

الموقوف عليهم لما عرفت من كون الثمن ملكا لهم فلا- يجوز التصرف فى مال غيره الّا برضايته و ما قلنا بكونه دائميا بالقرائن فهو محقق هنا أيضا لأنا لو اشترينا بالثمن شيئا يكون عينا موجودا و إذا صرفناه فى التعمير فيكون أيضا عينا موجودا غايه الأمر يكون فى الأول بعنوان الاستقلال و فى الثانى بعنوان الجزئيه فهو لا يفرق فى المطلب فإنه على كلا الفرضين أيضا يجوز تبديله بشى ء آخر ليكون قابلا للبقاء.

نعم، لا- يجوز صرف الثمن فى التعميرات التى ليست لها عينيه كالتزيينات و نحوها بحيث لا يمكن تبديلها مع الاندراس، و اما مثل الأجر و الأخشاب و الحديد فلا مانع منه، فإنه يمكن تبديلها بعد الاندراس أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۱۹۹

و من هنا يعلم انه يجوز صرفه فى الوقف الأخر هكذا الذى كان وقفا لهؤلاء الموقوف عليهم لعدم الفرق فى ذلك لحصول غرض الواقف بحسب إنشائه و غرض الموقوف عليهم كما إذا وقف الواقف دارا و دكانا فخرب نصف الدار فبيع فيجوز صرف ثمنه فى النصف الباقى للدار و فى الدكان بحيث فى أى منهما صرف يزداد نفعا.

قوله: و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا إلى عماره لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه.

اشاره

أقول: ذكر المصنف هنا فرعا و رتب عليه فرعا آخر، فحاصل ما ذكره أنه لو خرب نصف الدار الموقوفه و بقى الأخر بحيث يمكن الانتفاع به فعلا و لكن لا يمكن الانتفاع به بعد عشرين سنه و لكن ينقرض البطن الأول إلى تلك المده و ينتقل الوقف الى البطن الثانى فهل يجب صرف ثمن نصف الخراب فى النصف الباقى و تعميره حتى يستمر الى ان يمكن للبطن الثانى الانتفاع به أم لا الظاهر انه لا يجب إلا إذا شرط الواقف تعمير الموقوفه من

منافع الوقف فيكون الزائد للموقوف عليهم، بل لا يجوز بدون رضائه الموقوف عليهم لما عرفت من كونه ملكا لهم فلهم تبديله بشى ء آخر لينتفعوا به فعلا، و أما حفظ الوقف للبطون اللاحقه لينتفعوا به هؤلاء أيضا فليس بواجب فان نسبه البطن الأول إلى البطن الثانى كنسبه الجوار و الأجانب إلى البطن الثانى فهل يتوهم أحد أنه يجب تعمير الأوقاف التى كانت فى معرض التلف فليس ككك فالموقوفه فعلا ملك للبطن الأول فلهم الانتفاع به و ليس للبطن الثانى حق فيها الا الحق التقديرى بحسب إنشاء الواقف كما عرفت، فبأى دليل يجب أن يصرف البطن الأول أموالهم فى حفظ أموال المعدومين مع أن حقيقه الوقف التى تحبيس الأصل و تسبيل الثمره موجوده فعلا، نعم لو كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۰

الوقف غير منتفع به بالفعل فيجب التعمير و الصرف لتحقق غرض الواقف و لكن ليس الأمر ككك، نعم يجب صرفه فى التعميرات الجزئيه التى يترتب على عدمها خراب الوقف كما إذا سقط ميزاب الدار أو حصل ثقب فى سقفه فإنه لو لم يعتمر ذلك لا نجز بنزول المطر الى خراب الوقف و انهدامه و عدم إمكان انتفاع البطن الموجود أيضا فمثل هذه الأمور التى لا يحتاج إلى مؤنه زائده بل إلى عشره فلس مثلا يجب، بل يمكن ان يقال أنه على هذا شرط الواقف فى ضمن العقد فإنه لو لم يجب تعمير مثل هذه الأمور من منافع الوقف الانهدام فى مده قليله و خرب و هذه خلاف كونه أبديا.

و بعباره أخرى تاره يكون الخراب مستندا إلى الأمور الجزئيه كما تقدم فلا شبهه فى وجوب التعمير و صرف مقدار من المنافع فيه و أخرى يكون

مستندا الى الكون و الفساد إذ من البديهى أن الموجودات الخارجيه لا تبقى بحسب طبعها أزيد من المقدار المتعارف فإنها بالأخره تكون فانيه حسب طول المده و مرور الزمان فهذا لا دليل على وجوب التعمير حتى يستمر مده البقاء حتى يصل الى البطون اللاحقه.

ثم رتب المصنف على هذا الفرع أنه لو احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليه انتفاع البطون اللاحقه إلى صرف منفعه الحاضره التى يستحقها البطن الموجود فهل يجب صرفها فيه أم لا؟ فظهر حكمه من الفرع المتقدم و علم أنه لا يجب حفظ المال المعدومين للموجودين بصرف مالهم فى حفظه و الّا لوجب لجميع الناس حفظ الأوقاف للبطون اللاحقه بل حفظ المال للوارث إذ لا خصوصيه للوقف بعد كون منفعته للحاضرين ملكا طلقا الّا أن يشترط الواقف إخراج مؤنه الوقف عن منفعه قبل قسمه الموقوف عليهم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۱

ثم ذكر المصنف أن هنا فروعا يستخرجها الماهر.

اشاره

فنذكر فرعين مهمين منها:-

الأول: أنه لو كان الوقف فى موضع لا يتمكن الانتفاع للموقوف عليهم و ان أمكن لغيره

كما إذا كان معرض الاستملاك للحكومه فدار الأمر بين ذهابه بان يستملكه الغاصب جورا استملاكا مجانيا أو يباع بثمن فيشترى شى ء آخر بدله لينتفع به الموقوف عليهم فلا شبهه فى جواز بيع الوقف، بل وجوبه و اشتراء شى ء آخر بدله إذ عرفت سابقا أنه لا خصوصيه للخراب، بل يسوّغ بيعه إذا عرضه ما يسقطه عن الانتفاع به و أيضا عرفت أن مقتضى الإنشاء للواقف هو أبديه الوقف فلو لم يبع لا يكون دائميا و هذا إذا وقعت الدار الموقوفه فى شارع الحكوميه فذهب نصفها فى الشارع أو لم يذهب أصلا و لكن كان بناء الحكومه أخذها فى أطراف الشارع كلها اما بالثمن لو رضى المالك أو مجانا جبرا له ان لم يرض فإنه ح لو لم يبع الوقف سيملكه الحكومه مجانا فيجب بيعه لئلا يذهب الوقف.

و بالجمله فيجوز بيع الوقف فى كل مورد بقيت العين الموقوفه على حالها و لكن لا يمكن للموقوف عليهم الانتفاع بها و ان انتفع غيرهم فإنه ح يجوز بيعها.

الثانى: انه لو علم بزوال الوقف بعد مده لا يمكن الانتفاع به للموقوف عليهم حتى البطن الأول

كما إذا أوسع شارع فوقعت الدار الموقوفه فى وسط الشارع بحيث لا تبقى منها شى ء و ليس لها تابوء و قباله رسميه حتى يؤخذ

ثمنه و لكن لا- يلتفت الى ذلك أحد فوجد مشتر لها فهل يجوز بيعه أم لا- الظاهر انه يجوز، بل يجب لما عرفت من عدم الخصوصيه للخراب، بل المناط سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بها مع ما عرفت أن القرينه تقتضى دوام الوقف فلو لم يبع لا يكون للوقف دوام فيجب البيع و تبديله بشى ء آخر ليدوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۲

الوقف و تحفظ حقيقه الوقف على ما إنشائها الواقف بحسب إنشائه و هنا فروع

آخر فیتضح حالها بالتأمل.

قوله: الصوره الثانیه ان یخرب بحیث یسقط عن الانتفاع المعتد به.

اشاره

أقول: قد عرفت ان المصنف ذکر هنا صورا، الأول ما تقدم الکلام فیه و هو ما کان الوقف خرابا بحیث خرج عن الانتفاع به حتی بالدقه العقلیه کالشاه المذبوح و الحصیر البالی و الجدوع العتقه فإنها لا ینتفع بها ببقائها بوجه بل نفعها بإعدامها و الّا فاللحم الباقی ینتن فلا یکون قابلا للانتفاع به و هکذا الأمور الأخر و قد عرفت جواز البیع فی هذه الصوره و عدم شمول الأدله المانعه عن بیع الوقف علی ذلک، بل یباع و یبدل بشیء آخر لیکون قابلا للانتفاع إلی الأبد فإن حقیقه الوقف بذلک و یکون العین حبسا و الثمره تسبیلا کما هو واضح.

ثم ذکر الصوره الثانیه و هی أن یخرب الوقف بحیث یسقط عن الانتفاع معتد به بحیث یصدق عرفا أنه لا منفعه فیه، و ان کان له نفع بحسب الدقه العقلیه ثم فصل فی هذا القسم بین ما یکون الوقف بحیث لا یقال بهذا النفع لقتله فیکون هذا مما یجوز بیعه لانصراف الأدله المانعه عن بیع الوقف عن ذلک و بین لا- یکون کک، بل یقال فی العرف ان لهذا العین منفعه و لکن قلیله بالنسبه إلی العین قبل تلک الحاله فهذا لا یجوز بیعه لعدم الوجه عن صرف الأدله عن ذلک.

ثم ذکر صوره ثالثه و هی ان یخرب الوقف بحیث یقل نفعه لا أنه ینتفی نفعه بالکلیه کما فی الصوره الاولی، و لا أنه قلت بمرتبه لیلحق بالمعدوم کما فی الصوره الثانیه، بل تقل منفعته بالنسبه إلی المنفعه قبل عروض تلک الحاله أقول: لم یتحصل لنا شیء مما ذکره المصنف فی الصوره الثانیه، و ذلک

لأنه ان كان مراده من الصوره ما كان الوقف ساقطا عن المنفعه العرفيه لأجل الخراب بحيث لم تبق للعين فى نظر العرف منفعه أصلا، بل صارت عديم النفع و ان كان لها نفع بحسب الدقه العقليه كما إذا وقف الواقف سريرا و سقط عن السريريه بحيث لا ينتفع به عرفا بعنوان السريريه و لكن يمكن الانتفاع به بوضعه على وراء الباب ليمنع عن السارق أو يذاب حديده و ينتفع فى مورد آخر أو يجعل شباكا على السطوح و نحوها و لكن لا يعد شى ء منها من منافع السرير و كك لو وقف حمارا لينتفع به فى الحمل و الركوب و لكن سقط عن الانتفاع به لأجل السيارات و مع ذلك يمكن الانتفاع به بان يسدّ فى مجرى الباب ليمنع عن السارق فلا يقال أن هذا منفعه الحمار و غرض الواقف من حبس العين و تسبيل الثمره شامل لذلك و حينئذ فيكون الفرق بين هذه الصوره و الصوره الاولى هو أن فى الصوره الأولى فقد سقطت العين عن الانتفاع بها بالكليه بخلاف هذه الصوره فإن للعين منفعه بحسب الدقه العقليه فإن كان مراده من الصوره الثانيه هو ذلك فلا وجه للاستدراك ثانيا فى هذه الصوره

بقوله، نعم لو كان قليلا فى الغايه بحيث يلحق بالمعدوم و أمكن الحكم بالجواز لانصراف قوله (ع): لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحاله.

فإنه لا وجه للاستدراك بعد ما كان الغرض من الصوره الثانيه هو ذلك و ان كان مراد من هذه الصوره سقوط العين الموقوفه عن الانتفاع بها لا مطلقا بحيث تعد فى نظر العرف مسلوبه المنافع، بل تقل منفعته كما إذا كانت دار موقوفه و كانت تستأجر فى

كل سنه بمائه دينار الّا أنه عرض لها الخراب فتستأجر بخمسين دينارا و مع ذلك فلا ينكر أحد أن الدار مما لا منفعه فيها، نعم قد قلت منفعته و حينئذ فالفرق بين هذه الصوره و الصوره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۴

الاولى من الوضوح بمكان و ان كان مراده ذلك من الصوره الثانيه فلا وجه لذكر الصوره الثالثه فإنها عين ذلك.

و بعباره أخرى لا- وجه لجعل الصوره الثانيه صورتين لأنها اما عين الصوره الثالثه أو غيرها فيكون قسما فى مقابلها، بل يراد من الصوره الثانيه هو الشق الأول أعنى ما ذكره المصنف بعنوان الاستدراك فيكون مقابلا- للصوره الاولى و الثالثه و لا شبهه فى جواز بيعه أيضا فلا يعد هذه المنفعه اللاحقه بالمعدوم من المنافع للوقف فى نظر العرف و لا تشمله الأدله المانعه عن بيع الوقف خصوصا قوله (ع) و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملك فتكون عمومات صحه البيع محكمه و قد عرفت فى الصوره الأولى أيضا أن أدله المنع منصرفه عن عين الموقوفه إذا صارت عديم النفع، بل لا يشمل ذلك مفهوم الوقف أيضا فإنه إنما يشمل ما تكون العين ذا منفعه ليصدق عليها حبس العين و تسبيل المنفعه كما هو واضح.

ثم ان المصنف قد ذكر هنا أمرين

أحدهما ما تقدمت الإشاره إليها سابقا من قول صاحب الجواهر ببطلان الوقف مع جواز بيعه،

و قال إنه قد عرفت انه لا- وجه لبطلان الوقف، ثم ذكر صاحب الجواهر أن وجه بطلان الوقف فى الصوره الأولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء و الاستدامه و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها ثم أشكل على هذا أيضا من انه عرفت سابقا أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد مع انه لا دليل عليه

مضافا الى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامه فإن الشرط فى العقود الناقله يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن الماليه و لا يخرج بذلك عن ملك المشترى مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۵

أقول: كان المناسب أن ينقل المصنف هذا الكلام لصاحب الجواهر فى الصوره الأولى كما نقله كله فى أصل بطلان الوقف بجواز البيع فيها و كذلك كان المناسب ان ينقل كلامه الاتى أعنى الأمر الثانى فى الصوره الاولى و كيف كان فكلام صاحب الجواهر متين و لا وجه لما أورده المصنف عليه، أما قوله ببطلان الوقف بجواز البيع فلما تقدم من انه هو الحق غايه الأمر أن المراد بالبطلان هو البطلان من جهه البيع فقط، و أما الجهات الأخر من الهبه و إعدام الوقف و التصرف فيه بما ينافى الوقف فلا وجه للبطلان.

نعم، لو كان مراد صاحب الجواهر هو البطلان من جميع الجهات، بحيث يعود الوقف الى ملك الواقف و ينقل إلى الورثه لو مات الواقف فلا وجه له إذ لا مقتضى و لا دليل على ذلك فان الواقف بعد ما جعل ماله وقفا و حسبا أبديا كما استفدنا ذلك من القرائن الموجوده فى عباره الواقف فبأى دليل يعود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه.

و لكن تقدم أن هذا ليس مما يحتاج الى النظر فضلا عن إمعان النظر و انما المحتاج الى ذلك هو ما ذكرناه أى البطلان من جهه البيع فقط، بل هذا مقوم لدوام الوقف و بقائه إلى الأبد و الّا فيكون الوقف منعدما فى مده قليله بحسب مقتضى الكون

و الفساد كما هو كك فى جميع الأوقاف، و ان كانت العرصه باقيه فى وقف الدار و نحوها كثيرا.

و اما ما ذكره (ره) من إنكار كون الوقف مشروطا ببقائه على كونه قابلا للانتفاع به أيضا ليس بصحيح فإن عمده ما ذكره من الأجوبه هو ما منعه من كون الشرط شرطا فى الاستدامه قياسا له بالبيع إذا خرج المبيع عن الماليه و أنه لا وجه لبطلان الوقف و انقلابه الى الفاسد بعد انعقاده صحيحا.

و الوجه فى ذلك هو أنك عرفت أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۶

و تسبيل الثمره و عليه فاللازم انتهاء أمد الحبس بانتهاء الثمره إذا الحبس لأجل التوصل إلى غايه لا يعقل بقائه بعد عدم إمكان التوصل إلى الغايه و الّا لم يكن الباقى حبسا لتسبيل الثمره فوقفيه الوقف يقتضى كونه مما ينتفع به دائما فما دام شخصه موجودا ينتفع بشخصه فيكون شخصه ملكا للموقوف عليهم فإذا سقط شخصه عن النفع فيباع و يشترى شى ء آخر فيكون ملكا للطبقه الاولى من الموقوف عليهم، ثم للطبقه الثانيه منهم، فهذا لا يمكن الا بالبيع بعد سقوطه عن الانتفاع به و لا يعقل كونه وقفا من دون أن يكون فيه نفع كما لا يعقل كونه وقفا ما لا نفع فيه حدوثا، بل لو كان الوقف تمليكا كما هو كذلك، لكان تمليكا للعين توصلا الى ملك المنفعه و لا يعقل بقاء هذا المعنى مع عدم المنفعه رأسا و مثله لا يحتاج الى دليل تعبدى ليقال بأنه لا دليل عليه و ليس من قبيل انقلاب شى ء عما هو عليه، بل من انتهاء أمد الصحيح و لا أنه من الوقف المنقطع ليقال

بأنه خلف، بل يلزم عليه أن يكون جميع الأوقاف منقطعا لانقطاع أمدها بسقوطها عن الانتفاع بها بحسب اقتضاء الكون و الفساد.

و بالجمله ان الكلام فى الوقف المؤبد و لا شبهه أن بطلان الوقف فى مرتبه و من جهه لا يمنع عن بقاء الوقف فى العين بما هو مال و لزوم حفظ ماليته فى ضمن البدل يستمر الوقف باستمراره، بل لو زال الوقف بالكليه بحسب الكون و الفساد و أيضا لا يكون من الوقف المنقطع إذ لا توقيت فى ذلك بوجه و الّا فيكون حسبا و خارجا عن حقيقه الوقف.

و أما قياس المقام بالبيع من جهه أن الانتفاع بالمبيع و كونه مالا لا نعتبر فى صحه البيع الّا حدوثا و ككك فى المقام فمن عجائب المصنف إذ عرفت مما ذكرناه أن حقيقه الوقف عباره عن حبس الأصل و تسبيل الثمره فبانتفاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۷

الانتفاع تنتفى الوقفيه فكما لا معنى لوقف عديم الانتفاع حدوثا و يعتبر كون الوقف ذا نفع ابتداء و ككك يعتبر كونه ذا نفع بقاء.

و بالجمله الوقفيه تدور مدار كون العين الموقوفه ذا نفع حدوثا و بقاء و بانتفاء نفعها تنتفى الوقفيه و لا يبقى لها موضوع فإنه لا يعقل بقاء الشى ء بعد انتفاء حقيقته.

و هذا بخلاف البيع فإنه لو اعتبر الماليه فى صحته انما تعتبر حدوثا و أما بقاء فلا يعتبر كونه مالا، بل ما دام مالا فيكون من أمواله فإذا زالت الماليه عنه بانتفاء منافعه فيكون من أملاكه، و مع زوال ملكيه أيضا فيكون متعلق حقه فليس كون المبيع للبائع بقاء متقوما بالماليه فلا يقاس بالوقف الذى قوامه بإمكان الانتفاع من العين الموقوفه كما هو واضح.

و من هنا

ظهر بطلان ما أفاده من الوجوه الأخر أيضا و أنه لا مانع من الالتزام بجواز البيع و لا تشمله أدله المنع خصوصا قوله (ع): و لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك.

الأمر الثانى: أنه نقل المصنف عن صاحب الجواهر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف

فيما إذا وقف بستانا مثلا فلا حظ فى عنوان وقفه البستانيه فخربت حتى خرجت عن قابليه ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا- لكن ليس من عنوان و احتمال بقاء العرصه على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقيه و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه لا يقتضى بطلانه أيضا يدفعه أن العرصه كانت جزء من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه و لو فرض اراده وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف، و ربما يؤيد ذلك فى الجمله ما ذكروه فى باب الوصيه من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۸

أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصيه لانتفاء موضوعها نعم لو لم يكن الداريه و البستانيه و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و ان قارنت وقفه، بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسبما يقلبه لم يبطل الوقف بتغيير أحواله.

ثم ذكر فى عود الوقف بعد البطلان الى ملك الواقف أو وارثه على تقدير موته أو الموقوف عليه وجهين.

و أشكل عليه المصنف

أولا بالإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل و لا جواز البيع، و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغيير العنوان.

و ثانيا: أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه ان أريد بالعنوان ما

جعل مفعولا فی قوله وقفت هـذا البسـتان، فلا شک أنه لیس الّا کقوله بعت هذا البسـتان أو وهبته، فان التملیک المعلق بعنوان لا یقتضی دوران ملک مدار العنوان فالبستان إذا صار ملکا فقد ملک منه کلّ جزء خارجی و ان لم یکن فی ضمن عنوان البستان و لیس التملیک من قبیل الأحکام الجعلیه المتعلقه بالعنوانات، و ان أرید بالعنوان شی ء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بدّ من بیان المراد منه هل یراد ما اشترط لفظا أو قصدا فی الموضوع زیاده علی عنوانه.

و أمـا تأییـد ما ذکر بالوصـیه فالمناسب أن یقاس ما نحن فیه بالوصـیه بالبسـتان بعـد تمامها و خروج البسـتان عن ملک الموصـی بموته و قبول الموصـی له فهل یرضـی أحد بالتزام بطلان الوصیه بصیروره البستان عرصه، و انما البستان ملکه الموصی له بجمیع خصوصیاته من العرصه و الأشجار و غیرهما من الاجزاء و ککک الوقف لا یبطل بصیرورته عرصه و زوال عنوانه، نعم الوصیه قبل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۰۹

تمامها یقع الکلام فی بقائها و بطلانها من جهات أخر غیر مربوط بما نحن فیه.

ثم مـا ذکره من الوجهین ممـا لا یعرف له وجه بعـد اطباق کل من قال بخروج الوقف المؤبـد عن ملک الواقف علی عـدم عوده إلیه أبدا، هذا ما ذکره المصنف فی جواب صاحب الجواهر و هو متین.

و لشـیخنا الأسـتاذ تفصـیل فی المقام و قال ثم ان ما ذکرناه من عـدم جواز بیع العین الموقوفه إذا لم یلحق قله الانتفاع بها بالعدم، انما هو إذا بقیت الصوره النوعیه للعین الموقوفه و أما إذا تبدلت بصوره أخری فیجوز بیعها و ان لم تلحق بالعدم و

لا يبعد أن يكون كلام الشيخ ناظرا الى هذا المعنى فإن النخله الموقوفه إذا قلعت تعد عرفا مباينه للنخله لأنها عباره عن الشجره لا الماده المشتركه بينها و بين الجذع و الخشب و بطلان الصوره النوعيه عباره أخرى عن خراب الوقف و سيجى ء إنشاء اللّه تعالى فى باب الخيار، أن مناط ماليه الأموال، انما هو بالصوره النوعيه لا الماده المشتركه ثم المدار فى الصوره النوعيه العرفيه العقليه فإذا تبدلت الصوره النوعيه التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع، و لا يقاس انهدام الدار على زوال صوره الشجره فإن الدار مركبه من البناء و الأرض و انهدام البناء لا يوجب بطلان الوقف رأسا لبقاء العرصه.

و بالجمله حيث ان قوام الوقف بأمرين بقاء العين الموقوفه و كونها ذات منفعه لأنه عباره عن حبس العين و تسبيل الثمره فكما يجوز بيعها إذا لم تكن لها منفعه أصلا فكك يجوز بيعها إذا لم تبق صورتها العينيه التى هى أحد ركنى الوقف.

أقول: ما ذكره المصنف وارد على شيخنا الأستاد أيضا، و توضيح ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۰

أن العناوين و الصور النوعيه عرفيه كانت أو عقليه و ان كانت موجبه لشيئيه الأشياء فى نظر العرف و العقل، الّا أنها لا تقابل بالمال بوجه و انما هى دخيله فى زياده الماليه للماده و لذا لا يجوز بيع الصور بدون الماده لعدم الانفكاك و قد مرّ فى بعض المباحث فى المكاسب المحرمه و سيأتى فى باب الخيارات إنشاء اللّه، أو الأوصاف التى لها دخل فى زياده الماليه و تعد فى نظر العرف من الصوره النوعيه إذا وقعت عليها المعامله و ظهرت خلافها فتكون المعامله فاسده فان

وقع عليهـا المعامله يعـد فى نظر العرف مغايرا لما ظهر و ان كانا من جنس واحـد كما إذا وقعت المعاوضه على الفراس المنسوج بنسـج و ظهر المبيع الفراش المنسوج بنسج آخر يغاير فى نظر العرف أو باع عبدا فظهر أمه أو باع كأسا و ظهر قدرا أو باع سـكينا و ظهر مسـمارا أو باع ساعه و ظهر قطعه حديـد، أو باع صـندوقا و ظهر طبلا فان فى جميع ذلک يبطل البيع لان ما وقع على البيع غير مقصود و مـا هو مقصود لم يقع عليه البيع و أن كانـا فى الحقيقه من جنس واحـد الّا أن العرف يراهمـا شـيئين متبـاينين فـان الرجوله و الأنوثه و ان كانتا من جنس واحد الّا أن العرف يراهما متباينين كما هو واضح.

و ليست المعـامله فيهـا واقعه على نفس تلک الأوصاف إذ لا يعقل الانفكاک بين الماده و الصوره، بل المعامله واقعه على الماده و الصوره موجبه لماليتها بحيث لو ذهبت هذه الصوره عن تلک الماده أى الجسم لا الماده الهيولانى المحفوظه فى جميع الأشياء و تبـدلت بصوره أخرى مغـايره للأـولى لم تبطـل البيع فـان نفس المـاده قـد وقعت متعلقه للبيع و تعنون الأشـياء بتلک الصوره لا توجب وقوع المعامله على نفس العناوين فإنها إعراض لا تقبل الانفكاک

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۱

و لاـ يكون كونهـا عناوين للأشـياء موجبا لكونها محطا لجميع الأحكام تكليفيه أو وضـعيه بحيث تكون مملوكه و قابله للتمليک كما هو واضح، و بالجمله الصور النوعيه العرفيه واسطه لوقوع المعامله على المواد لكونها سببا لماليتها لا أن نفسها من الأموال.

إذا عرفت ذلک فالحكم فى الوقف أيضا كک فإنه إذا وقف عبدا أو كأسا أو دارا

أو دكانـا فالظـاهر من ذلـك أن نفس تلـك الأشـياء بموادها موقوفه و ان كانت ماليتها بصورها النوعيه العرفيه و لا تـدور الوقفيه مـدار نفس الصور و العناوين لعدم انفكاكها عن المواد و لا يمكن وقوع المعامله عليها بنفسـها من الهبه و الصـلح و البيع كما هو واضـح، و عليه فـأزالت الصـوره النوعيه لم تزال الوقفيه بـل تكون المـاده الـتى معنونه بعنوان أيضـا وقفـا و ان لم ينتفع عنهـا نفعا كالانتفاع منها مع الصوره الزائله.

نعم، تزول الـوقفيه بزوال الصـوره و المـاده كليتهمـا إذ ليس المراد من المـاده هى الهيولى لتكون محفوظه فى ضـمن شـى ء من الأشـياء و ان كـان فى ضـمن التراب، بـل المراد منهـا هنـا هى الماده العرفيه أعنى الجسم الـذى كان معنونا بعنوان و لا شـبهه أنه ينتفى كانتفاء صورته.

و على هـذا فـإذا وقف شـيئا و كـان مفعول قوله عنوان ذلـك الشـى ء بـأن قال وقفت البسـتان الفلانى أو الـدار الفلانيه أو النخله الفلانـيه فلاـ شـبهه أن الوقف هى ذات هـذه العنـاوين المعنونه بهـا و انمـا تلك العناوين معرّفات إليها و مقومات لماليتها و ليس لنفس تلـك العنـاوين بحسب نفسـها مـاليه تكون وقفـا منفكه عن المـاده بحيث تـدور الوقفيّه مـدار نفس العنوان فإذا زالت زاله الوقف و إذا ذهب عنوان البسـتان و عنوان الدار و عنوان النخله كانت عرصه البسـتان و عرصه الدار و النخله المقلوعه غير وقف، بل باقيا فى ملك الواقف،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۲

بل العنوان فى المركبات الاعتباريه لا ينتزع الا من أمور متعـدده فينحل إلى أمور عديـده كعنوان الـدار فان الدار ليست إلّا مركبه من العرصه و القبب و الجدران و هكذا البستان فمعنى وقف الدار ليس الّا وقف

الأرض و تلك القبب و معنى وقف البستان ليس الّا وقف الأشجار و العرصه فلا يعقل لوقف العنوان فقط معنى محصّل.

و بالجمله لا نعقل معنى محصّلا لوقف العنوان المجرد بل وقف العنوان عين وقف ذى العنوان فكما أن فى المركبات الحقيقه لا تنفك الصوره النوعيه عن الماده لكونها متحده فى الخارج حقيقه و كك فى المركبات الاعتباريه كالدار و البستان فان العنوان فى ذلك كله أيضا ليس موضوعا للحكم بمعنى كونه وقفا خاليا عن المواد.

و بعباره أخرى إذا وقف الواقف نخله لأشخاص فنسئل أنه هل بقى فى ملك الواقف منها شى ء أم لا فإن بقى ذات النخله فى ملك الواقف لتكون له بعد قلعها فلا معنى لكون النخله للموقوف عليهم كما هو المفروض و ان لم يبقى فى ملك الواقف شى ء فبعد زوال عنوان النخليه و صيرورتها خشبه فلما ذا صار ملكا للواقف.

الكلام فى الصوره الثالثه

قوله الصوره الثالثه أن تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم.

أقول: لو خرجت العين الموقوفه عن الانتفاع بها على الوجه الأول بأن قلت منفعتها كما إذا كانت الدار تستأجر بمائه و انما تستأجر فعلا بخمسين اما لخراب فيها أو لنقص نفعها فهل يجوز بيعها فذهب جمع الى المنع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۳

كالمصنف و غيره و فى محكى الخلاف الجواز البيع محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها الّا على هذا الوجه كما فى مسأله النخله المنقلعه.

و الظاهر أنه لا يجوز من جهه أنه يجوز الانتفاع من النخله المقلوعه فى التسقيف و نحوه و لا نتصور وجها لجواز بيع الوقف هنا بوجه بعد ما كانت حقيقه الوقفيه محفوظه أعنى حبس العين و تسبيل الثمره فإن النفع موجود فى ذلك و تشملها الأدله المانعه عن بيع الوقف فإنه لا

مانع من شمول قوله (عليه السلام) لا يجوز شراء الوقف و قوله (ع) (۱) الوقف على حسب ما يوقفها أهلها على ذلك.

و بـالجمله أن مقتضـى حقيقه الوقف و مفهومه إبقـائه على حـاله إذا أمكن الانتفاع به و زوال بعض المانع لا يسـتلزم جميعها فان مثل النخله المقلوعه يجوز الانتفاع بها بالتسقيف و نحوه، و عليه فتشمله الأدله المانعه عن بيع الوقف.

الكلام فى الصوره الرابعه

قوله: الصوره الرابعه أن يكون بيع الوقف انفع و أعود للموقوف عليه.

اشاره

أقول: و المشـهور، بل المجمع عليه فى هـذه الصوره عدم جواز البيع بل لـم ينسب الخلاف الّا الى المفيد و العلامه لم يرض بهذه النسبه أيضا فأول كلامه و معنى كون البيع انفع كون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعه الحاصله تدريجا و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضـى للمنع و هو وجوب العمـل على طبق إنشاء الواقف لقوله (ع) لا يجوز شـراء الوقف و لا تـدخل الغله فى ملكك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۴

و قوله (ع) الوقف على حسب ما يقفها أهلها نعم

و قد استدل على الجواز بروايتين:-

الأول: روايه «۱» جعفر بن حيان

اشاره

و فى المتن حنان

قال سألت أبا عبد اللّه (ع) عن رجل وقف غله له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، و أوصـى لرجل و لعقبه من تلك الغله ليس بينه و بينه قرابه ثلاثمائه درهم فى كل سـنه و يقسم الباقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، فقال جائز للذى أوصـى له بذلك، قلت أ رأيت ان لم تخرج من غله تلك الأرض التى أوقفها إلّا خمسـمائه درهم، فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من الغله ثلاثمـائه درهم و يقسم البـاقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه، قلت نعم، قـال ليس لقرابته أن يأخـذوا من الغله شـيئا حتى يوفى الموصـى له ثلاثمـائه درهم ثم لهم مـا يبقى بعـد ذلـك، قلت أ رأيت ان مـات الـذى اوصـى له قـال ان مـات كـانت ثلاثمائه درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثه لم يبقى منهم أحد كانت ثلاثمائه درهم لقرابه الميت يرد ما يخرج من

الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلک ما بقوا و بقيت الغله، قلت فللورثه

قرابه المیت أن یبیعوا الأرض إذا احتاجوا لم یکفهم ما یخرج من الغله، قال نعم إذا رضوا کلهم و کان البیع خیرا لهم باعوا، فان ظاهر الذیل هو جواز بیع الوقف إذا کان البیع انفع فتکون شاهده لجواز البیع فی الصوره الرابعه.

و فیه أنه

لا یجوز الاستدلال بهذه الروایه علی جواز البیع من وجوه:

الأول: أن الروایه ضعیفه السند

إذ لم یثبت فی الرجال مدح لجعفر بن حیان و لا وثاقته، فغایه الأمر إمامی و أما ما فی المتن من ذکر الحنان بدل الحیان فلم یذکر فی الرجال أصلا فالروایه لا یمکن الاستدلال بها علی الجواز.

---

(۱) وسائل: ج ۱۳ ص ۳۰۶

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۵

الثانی: أنها مضطربه متنا

لاشتمالها علی الجمع بین الوقف و الوصیه و من الواضح أنه مع الوقف لا تجوز الوصیه علی الوقف لکونه ملکا للموقوف علیهم فلیس له التصرف فیه و تملیکه أو تملکه لکون ذلک کلّه علی خلاف مقتضی إنشاء الوقف من حبس العین و تسبیل الثمره الّا أن تحمل الوصیه علی الاشتراط فی متن العقد بان وقف و أوصی فی متن الوقف أن تکون ثلاثمائه درهم من غلته لرجل و لعقبه لیس بینه و بینه قرابه ثلاثمائه درهم فیکون الإیصاء علی مقتضی الشرط فی الوقف الّا أنه خلاف الظاهر من الروایه، بل الظاهر منها اجتماع الوقف و الوصیه فیکون ذلک موهنا لها.

الثالث: أنها تدل علی أنه لیس لقرابه الواقف أن یأخذوا حقهم

إذا خرجت من الأرض خمسمائه درهم حتی یوفی الموصی له ثلاثمائه درهم، ثم لهم ما یبقی بعد ذلک مع أنه علی خلاف القواعد أیضا، فإنه لماذا لیس لهم أخذ حقهم الّا بعد إخراج حق الموصی له، بل یجوز إخراج حقه و تقسیم الباقی لأقرباء الموصی، أی الموقوف علیهم، فان کون ثلاثمائه درهم من الغله للرجل الأجنبی بعنوان الاشتراط و تملیک له من ملکه فلا یتوقف علی اطلاع الموقوف علیهم و حضورهم لأنه لیس بعنوان المشاع حتی یتوقف علی حضورهم، نعم لو کان بعنوان الوصیه لکان مشاعا.

الرابع: أنها لا تدل على المدعى

فإنها تدل على جواز بيع الوقف بشروط ثلاثه: الأول: عدم كفايه غله الوقف على الموقوف عليهم أو احتياجهم الى البيع.

و الثانى: رضائه الموقوف عليهم على البيع.

و الثالث: كون البيع انفع و أعود لهم و بانتفاء أحد هذه الوجوه الثلاثه ينتفى جواز البيع و هذا بخلاف مفروض المقام فإنه عباره عن البيع فى فرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۶

الاحتياج إليه إذن فالروايه أجنبيه عن المقام كما لا يخفى، كما أشار إليه المصنف على أن ذلك مما لم يقل به أحد من الأصحاب فيكون هذا أيضا و هنا لروايه.

الثانى: خبر «۱» الاحتجاج

اشاره

ان الحميرى كتب الى صاحب الزمان عجل اللّه تعالى فرجه جعلنى اللّه فداك انه روى عن الصادق (ع) خبر مأثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى من بعضهم أن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز الّا ان يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فقال (ع) إذا كان الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين إنشاء اللّه.

فهذه الروايه تدل على جواز بيع الوقف اما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و اما مطلقا بناء على عموم الجواب و لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم روايه جعفر، فان مفهوم قوله (ع) فيها إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا أن البيع إذا لم يكن خيرا لهم لا يجوز.

أقول: أما روايه جعفر فقد تقدم الكلام فيها، و اما روايه الاحتجاج فقوله إذا

كـان على امام المسـلمين فلا يجوز بيعه، فالظاهر ان المراد منه عـدم جواز البيع لغير الامام، و الّا فإذا كان ملكا له فلما ذا لا يجوز بيعه كما جازت له بيع سائر أملاكه و كيف كان

فلا دلاله في الروايه على المدعى لوجوه:

الأول: أن روايات الاحتجاج ضعيفه السند

إذ لم يذكر السند فيها فلا تكون قابله للاستدلال بها على المقصود.

الثاني: أن الروايه تدل على جواز البيع مطلقا

إذا كان أصلح لهم

---

(١) وسائل: ج ١٣ ص ٣٠٦

سواء كـان للوقف خراب أم لم يكن و من المعلوم أن بيع الوقف أصـلح للموقوف عليهم في جميع الحالات فإنه في صوره عـدم جواز البيع الوقف فيرجع النفع إليهم متـدرجا مع توقفه على الزحمات الكثيره و هـذا بخلاف البيع فإنه حينئذ تملكون الثمن دفعه واحـده فيفعلون به ما يشائون و أصـلحيه ذلك ما لا يخفى حتى في غير حال الخراب مع أن هـذا لم يقل به أحد و توهم تقييدها بمفهوم خبر جعفر الحيان فاسد لعدم اعتباره كما عرفت.

الثالث: أن المستفاد من الروايه جواز البيع مطلقا سواء كان أصلح لهم أو لا يكون

فإن الأصـلحيه إنما ذكرت في كلام السائل فلا يكون موجبا للتقييـد و الّا فالجواب مطلق، فتكون معارضه لما دل على عدم جواز بيع الوقف على ما تقدم من قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

و غير ذلـك، فحيث أن تلـك الروايـات قيـدت بمـا دل على جواز بيع الوقف في صوره الخراب كمـا عرفت في الصوره الأـولى فبانقلاب النسـبه تكون الروايات المانعه أخص من روايه الاحتجاج بالعموم المطلق فتقيـد بها هذه الروايه فيحكم بعدم جواز البيع إلّا في صوره الخراب بحيث سقط عن الانتفاع به فلا دلاله فيها أيضا على المدعى.

على أن ما دل على المنع مشهوره من حيث النقل و العمل فيجب الأخذ بها و ترك العمل بروايه الاحتجاج.

الرابع: ما ذكره المصنف من أنه لو قلنا فى هذه الصوره بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء

و منه يظهر وجه آخر لمخالفه الروايتين للقواعد، فان مقتضى كون العين وقفا مؤبدا على ما تقدم كون بدله أيضا وقفا فيكون ملكا للبطون الموجوده ما دام موجودا فيكون النفع لهم فلا- يجوز لهم الهبه و إعدام العين و بعد الموت يكون ملكا للبطون اللاحقه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۸

و بالجمله لا يجوز العمل بهاتين الروايتين بأن يفتى بهما على جواز بيع الوقف، بل لم يوجد قائل بالجواز الّا ما نسب الى المفيد و قد عرفت إنكار العلامه النسبه.

الكلام فى الصوره الخامسه

قوله: الصوره الخامسه أن يلحق الموقوف عليهم ضروره شديده.

أقول: قد جوّز بعضهم البيع فى هذه الصوره، بل عن الانتصار و الغنيه الإجماع عليه الّا أنه معارض بدعوى الإجماع على عدم الجواز على أن الإجماع المنقول ليس بحجه و ربما استدل على ذلك بروايه جعفر المتقدمه لقوله (ع) فيها إذا احتاجوا أو لم يكفهم ما يخرج من الغله لهم أن يبيعوا الأرض.

و فيه ما ذكره المصنف و حاصله أن ظاهر الروايه أنه يكفى فى البيع عدم كفايه غله الأرض لمؤنه سنه الموقوف عليهم و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و الذى يظهر من عبائر القوم الذى يجوّزون بيع الوقف عند الضروره و الحاجه الشديده لا ينطبق على هذه الروايه فإن النسبه بين الحاجه الشديده و بين مطلق الفقر عموم من وجه، فإن الإنسان قد يكون فقيرا و لا تكون له حاجه شديده لكونه واجدا لما يكفيه فى إداره شؤونه من مال الفقراء كالزكاه و الصدقات ورد المظالم، و قد لا يكون شخص فقيرا، بل موسرا جدا و واجدا من الأموال بما لا يعلم حسابه الّا اللّه و مع ذلك تتفق له الحاجه الشديده فى بعض الأوقات كما إذا كان فى بلد

لا يصل الى ماله و لو بالاستقراض و لكن عنده وقف يمكن بيعه و رفع الحاجه أو فى بلده، و لكن ليس له نقد و لا يباع متاعه و احتاجت الى النقد احتياجا شديدا و كان عنده وقف يشترونه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۱۹

بالنقد فيمكن أن يقضى حاجته ببيع الوقف و قد يجتمعان فلا يمكن الاستدلال على جواز بيع الوقف للحاجه الشديده بروايه جعفر الحيان أنك عرفت آنها ضعيفه السند و غير قابله للاعتماد عليه فلا يكون مدركا للحكم.

الكلام فى الصوره السادسه

قوله: الصوره السادسه أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجه أو إذا كان فيه مصلحه البطن الموجود أو جميع البطون.

أقول: فقد اختلفت كلمات الأصحاب فى أنه يجوز بيع الوقف مع شرط الواقف فى ضمن الوقف ذلك أو لا يجوز فقول بالجواز مطلقا و قول بعدم الجواز ككك و قول بالتفصيل بينما يشترط الواقف جواز بيع الوقف عند عروض المصلحه و المجوز من الخراب و نحوه من المسوغات فقيل بالجواز و بعين ما يشترط جواز البيع فى غير هذه الصوره فقيل بعدم الجواز الّا أنه ليس تفصيلا فى الحقيقه فضلا عن كونه موافقا للتحقيق كما اختاره الكركى فإن هذا الشرط الذى فى فرض جواز بيع الوقف لا يترتب عليه أثر فإنه بدون هذا الشرط أيضا يجوز بيع الوقف، نعم يكون هذا الشرط تأكيدا لجواز البيع كما هو واضح، ثم على تقدير القول ببطلان الشرط ففى كونه مبطلا للعقد و عدمه وجهان، اذن فالأقوال ثلاثه قول بالجواز مطلقا، و قول بالبطلان مطلقا و مع القول بالبطلان قول يكون الشرط باطلا فقط و قول بكونه مبطلا للعقد أيضا.

و كيف كان فيقع الكلام فى مقامين: الأول) فى أنه يجوز اشتراط بيع الوقف ليكون بدله أيضا وقفا أولا ـ و الثانى فى جواز اشتراط بيعه ليكون

ثمنه ملكا طلقا للموقوف علیهم و عدم جوازه و علی کل تقدیر فنتکلم فی جهتین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۰

الاولی: فی کون هذا الشرط مخالفا لمقتضی العقد و عدمه.

الثانی: فی کونه مخالفا لمقتضی السنه و عدمه إذا لیس فی الکتاب ما یکون راجعا الی ذلک حتی نتکلم فی مخالفته للکتاب أیضا.

اما المخالفه لمقتضی العقد فالمدار فی ذلک علی أن یکون المنشأ فی العقد مضادا للشرط و مناقضا له کما لو اشترط فی البیع أو یکون بلا ثمن أو اشتراط فی الإجاره أن تکون بلا أجره أو اشترط عدم تصرف المستأجر فی الدار المستأجره أصلا.

و اما إذا لم یکن الشرط منافیا لمقتضی العقد و انما یکون منافیا لمقتضی الإطلاق فلا مانع عنه کما إذا اشترط فی البیع أن یکون ثمن مؤجلا أو أن یکون من نقد خاص و علیه فان کان التأبید من مقتضیات الوقف و من منشئاته فاشتراط البیع عند الحاجه مناف لمقتضی عقد الوقف بلا شبهه و أما لو کان من مقتضیات إطلاق الوقف فلا مانع عن بیعه، و أما بیعه لیکون بدله أیضا وقفا مثل أصله فربما قیل بعدم الجواز بدعوی أن مقتضی الوقف هو التأبید و الواقف انما وقف الموقوفه لیکون الوقف أبدیا کما هو مقتضی مفهوم الوقف أیضا فاشتراط بیعه یکون مناقضا لمفهومه فلا یجوز، و علیه فکما ان الشرط فاسد فکذلک أنه مفسد أیضا للمناقضه.

و فیه أن حقیقه الوقف کما تقدم حبس العین و تسبیل الثمره و قد استفدنا دوامه من العباره الموجوده فی صیغه الوقف من قول الواقف الی أن یرث اللّه الأرض و من علیها و بهذه القرینه جعلنا متعلق الوقف هی المالیه الموجوده فی هذه

العين، و فى بدلها على تقدير انعدام العين و عليه فكما أن بيعه عند عروض المجوّز له و تبديله بوقف آخر لا ينافى مقتضى الوقف فكذلك اشتراط تبديله بوقف آخر أيضا لا ينافى بمقتضى العقد فإنه على كل حال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۱

فالوقفيه محفوظه فى صورتى وجود العين و تبديلها بشى ء آخر، نعم ما دامت العين موجوده فالخصوصيات العينيه أيضا مورد للتوجه و محط نظر الواقف و بالجمله لا نرى بأسا لاشتراط تبديل العين الموقوفه فى ضمن صيغه الوقف فإن المؤمنون على شروطهم و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الوقوف على ما يقفها أهلها كلها يقتض ذلك أيضا فضلا عن كونه منافيا لمقتضى الوقف، نعم الاشتراط ينافى إطلاق الوقف الذى يقتضى كون العين الموقوفه باقيه على وقفيته.

و أما الجهه الثانيه فربما يقال انه يبتنى صحه الوقف حينئذ على صحه الوقف المنقطع الأخر و كونه وقفا لا حبسا و حيث أن المختار صحته لا سيّما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه فيصح شرط جواز البيع لبعض البطون فان مرجع شرطه الى أن يجعله منقطعا و ان يبقيه على حاله.

أقول: الظاهر أن صحه الاشتراط هنا لا يبتنى على صحه الوقف المنقطع الأخر و توضيح ذلك أنه لا دليل على بطلان وقف المنقطع الأخر إلّا الإجماع و حيث أنه دليل لبىّ لا يشمل ما نحن فيه و ذلك فان اشتراط الانقطاع على أقسام:- الأول: أن يوقف و يشترط فى ضمن الوقف بيعه بعد عشر سنوان و كون الثمن للموقوف عليهم و هذا من أفراد الوقف المنقطع فصحه ذلك يتوقف على صحه كليه وقف المنقطع لأنه من مصاديقه أيضا.

و أخرى يوقف عينا كالدار و نحوها على فلان

و لعقبه إلى خمسه مراتب فيكون الوقف منقطعا بانقراض الموقوف عليهم فهذا أيضا من أقسام الوقف المنقطع فيكون ذلك كالأول موردا للإجماع على بطلان الوقف المنقطع ففى هاتين الصورتين يكون الوقف من الأول بحسب الإنشاء منقطعا فيكونان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۲

موردين للإجماع متيقنا فيحكم بالبطلان على تقدير تحقق الإجماع و حجيته.

الثالث: أن يكون الوقف بحسب إنشاء الواقف مؤبدا من غير أن يقيده بوقت أو بشخص بحيث يكون الوقف منقطعا بحسب إنشاء الواقف و لكن يشترط فى ضمن الوقف قطع ذلك الوقف المؤبد بأن يبيعه متى شاء أو يبيعه الموقوف عليهم متى شاؤا فهذا ليس وقفا منقطع الآخر بوجه، و انما هو وقف مؤبد و لكن يقطعه بحسب الاشتراط فقطع الوقف غير الوقف المنقطع الأخر لا يجرى هنا لكونه دليلا لبيّا فلا بد من اراده المتيقن من ذلك و ما هو المتيقن انما هو القسم الأول و القسم الثانى، بل يدل على صحه ذلك أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و المؤمنون عند شروطهم، فان عقد الوقف تحقق على هذا الشرط و كك يقتضى صحه هذا القسم من الوقف قوله (ع) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فإن أهل الوقف وقف هذا القسم من الوقف كك.

و أما توهم أن هذا منافى لمقتضى الوقف فيكون الشرط باطلا، فيبطل الوقف توهم فاسد و ان مفهوم الوقف ليس الّا حبس العين و تسبيل الثمره و الواقف إنما أنشأ هذا المفهوم و هو أعم من الدوام و الانقطاع، نعم إطلاقه يقتضى الانقطاع فاشتراط القطع متى شاء الواقف أو الموقوف عليهم لا ينافى بمقتضى الوقف و ان كان ينافى بمقتضى إطلاق الوقف.

و انما استفدنا الدوام من جهه القرائن الخارجيه لا من جهه

كونه من مقتضيات مفهوم الوقف كما هو واضح، لا يخفى.

و بالجمله لم نر بأسا من اشتراط الواقف بيع الوقف عند وقفه سواء كان ثمنه بدلا عن العين الموقوفه فى الوقفيه أم لا يكون بدلا بل ملكا طلقا للموقوف عليهم و على كل حال فليس ذلك الاشتراط منافيا لمقتضى الوقف أصلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۳

و أما المقام الثانى بأن يكون الاشتراط منافيا لسنه أو لا يكون منافيا لها، فالظاهر أنه مناف للسنه فإن قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك يدلّ على عدم جواز بيع الوقف سواء اشتراط الواقف بيعه أم لم يشترط فيكون اشتراط البيع منافيا له فلا يجوز اذن فيكون الشرط فاسدا.

اللهم الّا أن يقال أن قوله (ع) لا يجوز شراء الوقف ليس دليلا تعبديا فى مورد عدم جواز بيع الوقف، بل إمضاء لمفهوم الوقف كما أشرنا إليه سابقا فان مفهوم الوقف يقتضى السكون و الوقوف و البيع و الشراء و نحوهما من التصرفات مخالف لذلك السكون و انما هى حركه العين فيكون على خلاف مفهوم الوقف، فقوله (ع) لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك إمضاء لما يقتضيه ذلك المفهوم، و أن الوقف لا بدّ و ان يكون ساكنا و ليس له أن يتحرك بالبيع و الشراء و الهبه كما لا يخفى.

و عليه فلا يكون الاشتراط منافيا لمقتضى السنه أيضا سواء كان الشرط راجعا الى تبديل الوقف ببدل آخر الذى لا اشكال فيه أصلا أم كان راجعا الى كون الثمن ملكا للموقوف عليهم لما عرفت فى ان اشتراط قطع

الوقف غير الوقف المنقطع فيكون صحيحا كما هو واضح.

ثم بناء على كون الاشتراط منافيا للسنه فيكون الشرط فاسدا لكونه مخالفا للسنه و الشروط المخالفه للكتاب أو السنه فاسده و لكن ذلک ليس مثل الشرط المخالف لمقتضى العقد، فإنه فاسد و مفسد للعقد لكونه على خلاف مقتضى العقد و مناقضا له فينقض العقد و يفسده، و لكن الشرط المخالف للسنه كونه مفسدا للعقد يبتنى على ما سيأتى فى باب الشروط أن الشرط الفاسد هل يكون مفسدا للعقد أم لا، فحيث ان المختار لنا هناک عدم كونه مفسدا للعقد فيكون الوقف هنا صحيحا و ان اشترط فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۴

قطعه كما هو واضح.

ثم العجب من شيخنا الأستاذ حيث اقتصر فى البحث فى المقام على المقام الأول فقط اعنى كون الشرط مخالفا لمقتضى العقد أم لا و لم يتكلم أصلا فى أن هذا الشرط هل هو مخالف لمقتضى السنه أم لا فكان عليه (ره) ذلک و لكن تركه و أما التمسک فى ذلک بخبر جعفر المتقدمه بدعوى أنه إذا جاز البيع بلا شرط فمع الشرط اولى فقد تقدم الجواب عنها و يؤكد ما ذكرناه من جواز البيع صحيحه الكافى الداله على وقف أمير المؤمنين عليه السلام صدقه و شرط فيها جواز البيع للحسن و الحسين (ع) إذا حدث فيهما حدث فتكون داله لما نحن فيه، فإنه إذا جاز اشتراط البيع للبطن الموجود فللبطن المعدوم أولى و تأويل الروايه بإراده الوصيه من ذلک من خلاف الظاهر بمكان كاد أن يكون على خلاف الصراحه و مع ذلک فالعجب من المصنف حيث قال أن تأويل الروايه مشكل و العمل بها أشكل.

و أما التأويل فهو مشكل كما ذكره

و أما أن العمل بها يكون أشكل لا نعرف له وجها بعد كون الروايه صحيحه و عمل جمله من الأعاظم على طبقها.

نعم لو كـان على خلافهـا إجماع أو شـهره عظيمه فكان لهـذا الكلام أيضا وجه بناء على أن اعراض المشـهور عن الروايه يوجب الوهن كما قال نظير ذلك فى المعاطاه فله وجه لعدم وجود الروايه هناك، و أما فى المقام فلا مجال لهذا الكلام.

الكلام فى الصور الأربعه الأخيره

اشاره

الصوره السابعه أن يؤدى بقاء الوقف الى خرابه علما أو ظنا و هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۵

المعبّر عنه بخوف الخراب فى كلمات الفقهاء سواء كان ذلك للخلف بين أربابه أو لغير ذلك، و الخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به، و قد يكون على وجه نقص المنفعه.

الصوره الثـامنه: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال و النفس و ان لم يعلم أن يظن بـذلك و قـد صـرّح بعض الاعلام بجواز البيع هنا أيضا.

الصوره التاسعه: أن يؤدّى الاختلاف بين الموقوف عليهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصوره العاشره: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس

و مجموع تلك الصور و ان لم تذكر فى كلام واحد من الفقهاء و لكنها ذكرت فى كلماتهم على التفريق و قد نظمها المصنف و جمعها إلى عشره صور.

ثم إن الكلام فى هذه الصور الأربعه يقع فى جهتين:-

اشاره

الاـولى فى العقـد الإيجـابى و هو جواز البيع مع تـأديه البقـاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتـد به عرفا سواء كان ذلك لأجل الاختلاف أو غيره.

و الثانيه: العقد السلبى و هو المنع فى غير ما ذكر فى الجهه الاولى من جميع الصور.

أما الجهه الأولى فقد استدل على الجواز بوجوه:

الأول: ما ذكره المصنف

و محصل كلامه أن المقتضى لجواز بيع الوقف فى هذه الصور موجود و المانع مفقود فيجوز بيعه للعمومات المقتضيه لصحه البيع أو وجود المقتضى فلأنه مال لمالكه فيجوز بيعه للعمومات مقتضيه للبيع أما وجود المانع فهى الأدله الشرعيه المانعه عن بيع الوقف و هى لا تنهض للمانعيه هنا، أما

الإجماع فلاختصاصه بغير هذه الصوره لكونه دليلا لبيّا لا يؤخذ منه الّا المقدار المتيقن.

و أما قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و لا يجوز شراء الوقف فلا تدخل الغله فى ملك فلأنها منصرفه عن هذه الصوره لما عرفت من أنها ناظره إلى صوره عدم سقوط العين الموقوفه عن حيّز الانتفاع بها و أما إذا سقطت عن ذلك فلا تشمله تلك الأدله على أنه لا تتم دلاله قولهم (عليهم السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها على عدم الجواز كما تقدم.

و أما الموقوف عليهم و الواقف فبيع الوقف هنا موجب لحفظ حقّهم إذ مع عدم البيع تتلف العين الموقوفه و لا يبقى ما يوجب حفظ حق الواقف أو الموقوف عليهم بخلاف البيع و التبديل بعين أخرى فإن ذلك يوجب الجمع بين حقوقهم.

و بالجمله الأدله المانعه عن بيع الوقف و ما يؤيده كلها غير جاريه هنا و اذن فلا بأس من البيع فى هذه الصوره.

و ذكر شيخنا الأستاذ أن هذه الصوره ملحقه بالصوره الاولى

و هى خراب الوقف بحيث لاـ يمكن الانتفاع به فان العلم بتأديته إلى الخراب أو الظن به المعبّر عنه بخوف الخراب انما هو من حيث طريقيته اليه.

و بعباره أخرى إذا احتمل احتمالا عقلائيا تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه فحكم الاحتمال حكم نفس الخراب و لكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا و لكن الوجهان لا يتمان أما ما افاده شيخنا الأستاذ فلأن الأدله المانعه عن بيع الوقف لقوله عليه السلام لا يجوز بيع الوقف و لا تدخل الغله فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۷

ملككك لا قصور فى شمولها للمقام فان الانتفاع بالعين الموقوفه ممكن بالفعل و لا يكون العلم بخرابها بعد سنه مثلا مجوّز لبيعها فعلا فضلا عن الظن بذلك أو الأمارات المعتبره كما إذا قامت البينه على أنها تخرب بعد سته أشهر و فضلا عن احتمال الخراب.

و بعباره أخرى أنه لا يجوز بيع الوقف للوجوه المذكوره على ذلك، و انما الخارج عنها ما يحرز خرابه بالفعل و أما فى غيره فلا وجه لجواز البيع بوجه، بل يبقى تحت أدلّه المنع.

و بالجمله بعد ما كان الوقف مما يمكن الانتفاع به فلا وجه لبيعه لشمول أدله المنع عليه و ان علم أو قامت البينه المعتبره على خرابها فضلا عن احتمال الخراب فان الحكم تابع لموضوعه الفعلى كما لا يخفى.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المصنف فإن الأدله إنما تنصرف عن المنع عن بيع العين الموقوفه إذا سقطت عن الانتفاع بها و ما نحن فيه ليس ككك، بل هو من مصاديق عدم الجواز لجواز الانتفاع بها على النحو الذى

وقفها الواقف، نعم الإجماع على تقدير حجيته لا يشمل المقام و أما حفظ حق الواقف و الموقوف عليهم فقد عرفت بطلانها و عدم كونها وجها لعدم جواز بيع الوقف.

نعم، بناء على حفظ حق البطون اللاحقه فلا بدّ من بيع العين الموقوف مع مظنّه الخراب أو العلم به و تبديلها بعين أخرى لئلّا يزول حقهم كما أشار إليه المصنف فى كلامه و لكن عرفت انه لا دليل على ذلك فان البطن الموجود ما لكون على الوقف بالفعل و جاز لهم الانتفاع بها فعلا فلا دليل على وجوب رفع اليد عن ملكهم لحفظ الموضوع على ملك الأشخاص الأخر و الّا لوجب حفظ مال الناس و ان توقف على صرف المال و قد تقدم هذا فيما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۸

سبق فى فرع أنه إذا توقف حفظ الوقف للبطون اللاحقه على صرف مقدار من منافع الوقف عليه، فهل يجوز إجبار البطن الموجود على ذلك أم لا؟ و قلنا لا وجه عليه، فإنهم مالكون على نفعها فلا ملزم لرفع اليد عن ملكهم لحفظ حق الغير، بل ينتفعون بها ما دام موجودا فان يبقى للبطون اللاحقه فتنتفعوا بها، و الّا فلا و هذا واضح لا خفا فيه.

و الحاصل: ان المصنف قال بعدم شمول الأخبار الداله على المنع عن بيع الوقف على هذه الصور الأربع، و انصرافها عنها و قال شيخنا الأستاذ بأن احتمال الخراب كالخراب الفعلى موضوع للحكم بجواز بيع الوقف.

و فيه ان الحكم الفعلى تابع لموضوعه الفعلى و أنه لا وجه لانصراف الأدله عن هذه الصور بأجمعها بعد ما كان الانتفاع بالوقف ممكنا كما فى حاشيه الايروانى.

ثم نقل المصنف (ره) وجهين على جواز البيع فى هذا الصور.

الأول: ما عن لف و كره و المهذّب و غايه المرام

من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذّرت

فيجوز إخراجه عن حدّه تحصيلا للغرض منه فيدور الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه، فالثانى أولى بغرض الواقف فيجوز التبديل و جعل بدله وقفا مكان المبدل.

و فيه ما اجابه المصنف من أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دل عليه صيغه الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب الى مقصود فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب الى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض.

الثانى: ما عن التنقيح من أن بقاء العين على حاله و الحال هذه إضاعه و إتلاف للمال و هو نهى عنه شرعا

فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۲۹

بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع.

و فيه أن المحرم انما هو التصدى بإضاعه المال و أما تركه على حاله بحيث يضيع بنفسه فلا دليل على حرمته كما إذا مرض الغنم و لم يقدر مالكه على الذبح الى أن مات فلم يفعل هو فعلا محرما.

ثم انه استدل على جواز البيع فى كل واحده من الصور الأربعه بمكاتبه ابن مهزيار «۱»

اشاره

قال كتبت الى أبى جعفر الثانى عليه السلام أن فلانا ابتاع ضيعه فأوقفها و جعل لك فى الوقف الخمس و يسأل عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض أو تقويمها على نفسه بما أشتريها أو يدعها موقوفه فكتب الىّ أعلم فلانا انى آمره ببيع حصتى من الضيعه و إيصال ثمن ذلك الىّ ان ذلك رأى إنشاء اللّه تعالى أو يقوّمها على نفسه ان كان ذلك أوفق له قال فكتبت إليه ان الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقيه هذه الضيعه اختلافا شديدا و أنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده فان كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل انسان منهم ما وقف ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه ان رأى ان كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن بيع الوقف أمثل فليبع فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس، الخبر.

و فيه أولا أنها ضعيفه السند و دعوى انجبارها بالشهره دعوى جزافيه إذ على فرض تسليم الكبرى لا نسلّم الصغرى لعدم انطباق شى ء من الأقوال على الروايه فلا ينجبر ضعفها بالشهره.

بيان ذلك أنها دلت على جواز بيع حصه الإمام عليه السلام من دون طرو مسوّغ للبيع فلا بدّ من حملها اما على صوره اشتراء بعض الضيعه من

(١)

وسائل: ج ۱۳ ص ۳۰۴ ح ۵

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ‌۵، ص: ۲۳۰

سهم الامام (ع) أو علی قضیه خاصه غیر معلومه الجهه.

و توهم أن الامام (ع) له الولایه علی جمیع أموال الناس، بل رقبتهم فکیف بمال نفسه فجاز أن یکون أمره (ع) علی البیع من جهه الولایه و فیه أن هذا التوهم فاسد، فان ظاهر قوله (ع) انی آمره ببیع حصتی من الضیعه، و إیصال ثمن ذلک الیّ ان ذلک رأی أو یقوّمها علی نفسه ان کان ذلک أوفق له هو أن الامام (ع) انما بین حکم المسأله فی نفسها لا بما أن له الولایه علی العین الموقوفه.

و أیضا أنهم استدلوا علی القول السابع بقوله (ع) ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال بناء علی أن یکون المراد بالأموال هی العین الموقوفه.

و فیه أولا: أن ظاهر التعبیر بصیغه الجمع هو تلف مطلق الأموال أعم من الوقف و غیره.

و ثانیا: أن القائلین بجواز بیع الوقف فی هذه الصوره انما یقولون فی مورد العلم بأدائه إلی الخراب أو الظن المتاخم بالعلم و لفظه ربما یستعمل فی المحتملات فتصیر النتیجه أنه إذا احتمل طور الخراب علی الوقف جاز بیعه و من المعلوم أنه لم یلتزم به أحد فیما نعلم، فکیف ینجبر ضعف الروایه بالشهره:- علی أن قوله (ع) ان رأی ان کان قد علم الاختلاف بین أرباب الوقف أن بیع الوقف أمثل فی جواب السؤال عن بیع حصّه الباقین و تقسیم ثمنه إلیهم لا ینطبق علی القواعد و ذلک لانه لا وجه لتصدی الواقف بالبیع فإنه بعد ما وقف ماله فصار کسائر الأجانب.

و توهم انه اشترط کون التولیه علیه خلاف الظاهر من الروایه و أن مقتضی القواعد أن یکون

بدل الوقف وقفا فلا وجه لتقسيم الثمن على الموقوف عليهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۱

فلا يمكن العمل بظاهر الروايه، بل يرد علمها إلى أهلها أو يحمل على صوره عـدم اقباض الوقف و عـدم كون الموقوفه مقبوضـه منهم فـإنه حينئـذ لم يتم الوقف فاختيار المال تحت يـد الواقف المالك يفعل به ما يشاء و قـد حملها على هـذا جمله من الاعلام على أن الاسـتدلال بها على الصوره السابعه ينافى الاستدلال بها على الصوره الثامنه التى عباره عن وقوع الاختلاف بين الموقوف عليهم بحيث لاـ يؤمن معه تلف الأـموال و الّـا نفس فـان الاسـتدلال بهـا على الصوره الثامنه يتوقف على أن يكون المراد بها غير الموقوفه من سائر الأموال و الاستدلال بها على الصوره السابعه يتوقف على ان يكون المراد بها عين الموقوفه.

ثم ان الاسـتدلال بها على الصوره التاسـعه و هى أداء الاختلاف الى ضرر عظيم يتوقف على استفاده العموم من التعليل و هو قوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس و هذا لا يمكن الالتزام به و الّا اقتضـى جواز بيع الوقف لإصلاح كل فتنه و هذا مما يلتزم به أحد فيما نعلم فكيف يوجب انجبار ضعف الروايه.

ثم ان الاسـتدلال بهـا على الصوره العاشـره و هى خوف تلف النفس يتوقف على الاسـتدلال إلغـاء تلف المال عن الموضوعيه و جعل الموضوع خوف تلف النفس و هو خلاف الظاهر من الروايه، فإن الظاهر منها موضوعيه كل منهما للحكم.

و بالجمله لا يجوز الاستدلال بروايه ابن مهزيار على شى ء من الصوره السابعه إلى الصوره العاشر،

اشاره

اما من حيث السـند فلا بأس به، و أما من حيث الدلاله فمن جهه أن ما ذهب اليه المشهور فى الصور الأربعه لا يستفاد من الروايه و ما يستفاد من الروايه لم يلتزم به

أحد فيما نعلم و توضيح ذلك أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۲

التعليل المذكور فى الروايه بقوله (ع) فإنه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس قد يكون حكمه و يكون مناط الحكم بجواز البيع نفس الاختلاف بمجرّده من غير وجود الحكمه فى جميع موارد الاختلاف كما هو الشأن من الحكمه نظير كون التنظيف حكمه فى استحباب غسل الجمعه أو وجوبه و كون اختلاط المياه حكمه فى مشروعيه العده و ان لم يكن موجودا فى بعض الموارد كما إذا كانت المطلقه يائسه أو كان المغتسل تنظف فى ليله الجمعه و هذا لم يلتزم به أحد فيما نعلم بحيث أن يقال بجواز البيع بمجرّد الاختلاف و لو كان اختلافا جزئيا غير منجرّ الى تلف المال و النفس.

و ان كان المراد من التعليل ما هو ظاهر فيه من أخذه عله للحكم، و مناطا له، بحيث يكون الموجب لجواز البيع هو تلف الأموال و الأنفس الناشى من الاختلاف فى هذا الوقف و كونه منشأ له و ان لم يكن التالف أجنبيا عن الواقف و الموقوف عليهم كما إذا كانت الضيعه موقوفه على خادم المسجد و لم يكن بينهم اختلاف، و لكن الاختلاف بين الطباخين الذى ينجرّ الى تلف المال و النفس فلازم أخذ قوله (ع) فإنه ربما جاء إلخ عله للحكم تعديته الى كلّ ما يترتب على الاختلاف الناشى من هذا الوقف من تلف النفس و المال و هذا أيضا لم يلتزم به أحد فيما نعلم فلا يمكن الالتزام بالروايه و ان كانت صحيحه.

أقول: اما روايه على بن مهزيار

فمن حيث السند

فلا بأس به لكونها صحيحه السند،

و أما من حيث الدلاله فهى خارجه عن الدلاله على بيع الوقف فى شى ء من الصور الأربعه

اشاره

بل لا بد من حملها على صوره عدم تماميه الوقف أى قبل القبض و الإقباض كما حملها عليه جمله من الاعلام كالمحدث الفيض و غيره و ذلك لجهات عديده فإنها مؤيده لحملها على صوره قبل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۳

القبض.

جهه الاولى: ان صدر الروايه لا ينطبق على الوقف التمام

فإن سؤال السائل فی حصه الإمام التی هی خمس الوقف و انه کیف یصنع بها و جواب الامام علیه السلام ببیعها أو تقویمها علی نفسه و إرسال ثمنها الیه علیه السلام لا یتمّ إلّا إذا لم یتم الوقف و کان المال تحت ید الواقف بحیث له ان یفعل به بما یشاء و ذلک لأنه لا یجوز لأحد أن یبیع الوقف حتی مع اذن الموقوف علیه و من الواضح أن جواب الامام بالبیع و إرسال ثمنه الیه لیس من جهه ولایته المطلقه حتی یرتفع الاستبعاد، بل بما أنه محل المصرف.

الجهه الثانیه: أن جواب الامام علیه السلام عن سؤال عن وقوع الخلاف بین أرباب الوقف ببیعه أیضا لا ینطبق علی القواعد

إذ المتصدی بالبیع علی تقدیر جوازه انما هو من کان أمر الوقف بیده و تولیته علیه، و أما الواقف فکسائر الأشخاص أجنبی عن التصرف فی الوقف، و احتمال انه کان مشترط کون أمر الوقف بیده خلاف الظاهر من الروایه فلا یجوز المصیر الیه بدون القرینه الصارفه.

الجهه الثالثه: أنه بعد ما بیع الوقف فلما ذا یقسّم بین الموقوف علیهم

مع انک عرفت فیما تقدم أن بدل وقف فلا یصح ذلک الّا بحملها علی صوره قبل القبض لا بعده خصوصا یساعد علی ذلک قوله ان بیع الواقف أمثل حیث ان الواقف یرید الثواب فإذا فعل هکذا فإنه لا یقع بین الموقوف علیهم اختلاف فیکون أصوب و أمثل.

الجهه الرابعه: و هی العمده

ان قوله علیه السلام ان کان قد علم الاختلاف بین أرباب الوقف أن بیع الواقف أمثل و مع قول السائل فی سؤاله و أنه لیس یأمن أن یتفاقم ذلک بینهم بعده فان من الواضح أنه أی خصوصیه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۴

فی علم الواقف بالاختلاف و کذا عدم أمنه عن التفاقم و الشده، بل لا بدّ و أن یکون المناط علم المتصدی بالوقف فلیس ذلک إلّا إذا کان أمر الوقف بیده و هذا لا یتم الّا مع عدم تمامیه الوقف و کون ذلک قبل القبض لعدم انطباقها بشی ء من الفتاوی المذکوره فی المقام و علی هذا فلا یجوز الاستدلال بها علی بیع الوقف بترک الاستفصال کما فی کلام المصنف (ره) و مع ذلک کله فلا یجوز الاستدلال بها علی المقصود أیضا مع ذلک التعلیل الموجود فیه و ان کانت صریحه فی جواز البیع، بل لا بدّ من ردّ علمها إلی أهلها و ذلک فإنه لا- یخلو اما أن یراد من التعلیل الحکمه أو العلیه فلا واسطه بینهما فإن أرید منه الحکمه فلازمه القول بجواز بیع الوقف بمجرّد الاختلاف و ان لم یؤدی الی تلف الأموال و النفوس فان ذلک کاختلاف المیاه فی باب العده فالتعمیم لیس بلازم.

و أن أرید منه التعلیل و العلیه فلازم ذلک التعدی بکل اختلاف یوجب تلف الأموال و الأنفس مع بقاء الوقف

و ان لم يكن بين أربابه اختلاف بل بين الجوار و الطباخين و العمالين و المتولين و نحوهم بحيث يكون المنشأ لذلك هو الوقف و كلاهما لا يمكن الالتزام به.

و ربما يقال بجواز بيع الوقف فى تلك الصور لأجل المزاحمه و ان لم يكن فى البين نصّ بدعوى أن الأمر دائر بين حفظ الوقف على حاله و الالتزام بجواز تلف الأموال و الأنفس و بين حفظ المال و النفس و الالتزام بجواز بيع الوقف و بما أن حفظ النفس عن التلف أهم من حفظ الوقف فيجوز بيعه، بل يجب لحفظ النفس و المال.

و فيه أن هذا من العجائب فإن التزاحم انما هو فى مقام العمل، و يحصل عدم تمكّن المكلف على الامتثال لا فى مقام الجعل و عليه فارتفاع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۵

التكليف عن المكلّف بالنسبه إلى المهم واضح، بأن يجوز بيع الوقف إذا دار الأمر بين بيعه و بين أداء الاختلاف الى تلف الأموال و الأنفس و لكنه لا يوجب ذلك جعل الشارع الحكم الوضعى فى مرحله الجعل بأن يحكم بصحه المعامله فإن التزاحم لا يوجب رفع الحكم و وضعه فى مرحله الجعل.

و بعباره أخرى أن التزاحم يستلزم رفع الحكم التكليفى فى مقام الامتثال عن المهم و يوجب إتيان الأهم و هذا غير مربوط بالحكم الوضعى و حكم الشارع به فى مقام الجعل ليكون صحيحا فى مقام الامتثال، بل يكون البيع مع التزاحم المذكور جائزا تكليفا و فاسدا وضعا فمزاحمه الأهم مع المهم فى مرحله الامتثال لا يوجب الّا جواز الاقدام على المهم تكليفا و يستلزم جوازه وضعا إذ عدم القدره على الامتثال من المكلف انما هى بالنسبه إلى الحكم التكليفى

لا بالنسبه إلى الحكم الوضعى كما لا يخفى.

فتحصل أنه لا يجوز بيع الوقف فى جميع تلك الصور إلّا إذا خرب الوقف أو كان مشرفا على الخراب بحيث ليس بين الخراب و الزمان الذى معموره إلّا زمان قليل و كذلك فى صوره اشتراط الواقف بيعه عند الاحتياج كما صنعه على عليه السلام.

الكلام فى الوقف المنقطع

قوله: و أما الوقف المنقطع.

أقول: بناء على صحه الوقف المنقطع و هو ما إذا وقف على من ينقرض فأما ان يقال ببقائه على ملك الواقف و اما ان يقال بانتقاله الى الموقوف عليهم و على الثانى فأما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند

انقراضهم و اما ان يقال بعوده الى ملك الواقف، و اما أن يقال بصيرورته فى سبيل اللّه، و على الأول و هو بقائه فى ملك الواقف فلا يجوز لغيره من الموقوف عليهم و غيرهم بيعه لعدم الملك، و أما الواقف فيجوز له بيعه لوجود المقتضى و هو كونه ملكا له و تكون العمومات شامله له و عدم المانع إذا الوقفيه مع كونها منقطعه لا تكون مانعه عن البيع فيصبر المشترى الى أن ينقضى السكنى أن كان عالما بذلك، أو يفسخ ان كان جاهلا، أو جعل لنفسه الخيار و أما قوله (عليه السلام) الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فإنها ناظره الى عدم جواز التصرف فى الوقف على النحو الذى ينافى الوقفيه و كذلك لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغله فى ملكك فان البيع و الشراء لا ينافى الوقفيه إذ الوقف انما جعل السكنى و المنفعه للموقوف عليهم دون الرقبه فإنها باقيه فى ملك الواقف فهو انما يبيع ذلك الوقف

مسلوبه المنفعه إلى انقراض الوقف نظير بيع موجر العين المستأجره فإنها يكون ملكا للمشترى الى انقضاء مده الإجاره و على هذا كيف ينافى البيع الوقف و كيف يكون الوقف على حسب ما يوقفها أهلها.

على أنه يمكن دعوى أن مفهوم الوقف منصرف عن الوقف المنقطع فيكون خارجا عن تحت الأدله المانعه عن البيع موضوعا.

نعم يكون البيع باطلا من جهه الجهاله فيكون غرريا فهو منهى عنه لأن مده انتفاع الموقوف عليهم و انقراضهم مجهوله و من هنا منع الأصحاب كما حكى عن الإيضاح بيع مسكن المطلقه المتعده بالإقراء لجهاله مده العده.

و بالجمله أن بيع الواقف الوقف المنقطع و ان لم يكن فيه مانع من الاخبار مع وجود المقتضى له و لكن جهاله مدّه مانعه عنه من حيث لزوم الغرر بجهاله وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به كما لا يخفى.

نعم، ورد النص على جوازه و هو ما رواه المشايخ الثلاثه فى الصحيح أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۷

الحسن عن الحسين بن نعيم قال سألت أبا الحسن (ع) عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته و لعقبه من بعده، قال هى له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فان احتاج الى بيعها، قال: نعم قلت فينقض البيع السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كك، سمعت أبى يقول: قال أبو جعفر (ع) لا ينقض البيع الإجاره و لا السكن و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقض السكنى على ما شرط الخبر، فهو كما ترى صريح فى الجواز و العجب أنه مع ذلك توقف العلامه و ولده و المحقق الثانى فى المسأله.

و أما لو قلنا بعدم بقاء الوقف المنقطع

فی ملک الواقف، بل انتقل الی ملک الموقوف علیهم و قلنا بکونهم مالکین للوقف ملکا مستقرا بحیث ینتقل منهم الی ورثتهم عند انقراضهم فلا یجوز البیع حینئذ للواقف لعدم الملک و لا للموقوف علیه فأن الواقف قد اعتبر بقائه إلی انقراضهم فیشمله قوله (ع) الوقوف علی حسب ما یوقفها أهلها و لا یجوز شراء الوقف و لا یقاس ذلک بالصوره الأولی فإن فیها أن الواقف مالک للوقف و فی هذه الصوره و ان کان الموقوف علیه مالکا الّا أن الواقف قد وقفه و حبسه بحیث لا یباع و یکون باقیا الی انقراضهم فالبیع نقض للغرض.

و أما لو قلنا بعوده الی ملک الواقف بعد انقراض الموقوف علیهم فلا یجوز بیعه للموقوف علیهم لمنافاته لأن الواقف اعتبر بقائه إلی انقراض الموقوف علیهم و اما الواقف المالک فیجوز له البیع بناء علی جواز بیع ما لا یملک ثم ملک، فان الواقف و ان لم یکنی مالکا بالفعل و لکنه یکون مالکا بعد انقراض الموقوف علیهم.

و أما لو قلنا بصیرورته فی سبیل اللّه بعد انقراض الموقوف علیهم فلا یجوز بیعه مطلقا فإنه عباره أخری عن الوقف المؤبد و قد عرفت عدم جواز بیعه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۸

غایه الأمر أنه وقف علی عده خاصه فی مده ثم علی سبیل اللّه کما لا یخفی.

الکلام فی بیع الرهن

قوله: مسأله: و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا

اشاره

فان الظاهر، بل المقطوع به الاتفاق علی عدم استقلال المالک فی بیع ملکه المرهون.

أقول: المشهور، بل المجمع علیه علی عدم استقلال المالک فی بیع العین المرهونه، و لکن الظاهر جوازه هذا من الموارد الذی خالفنا المشهور فی عدم انجبار الروایه الضعیفه بالشهره فإنهم استندوا فی ذلک الی النبوی الضعیف الراهن و

المرتهن ممنوعان من التصرف و بنوا على انجبار ضعفه بالشهره و نحن لا نعتمده و كيف كان ان التصرفات المتعلقه على العين المرهونه على ثلاثه أقسام، فإن قسم منها ينافى حقيقه الرهن و كونه وثيقه لكونه موجبا لزوال العين و خروجها عن كونها وثيقه أو نقصان قيمتها كما إذا ذبح الغنم المرهونه أو آجر السياره الجديده المرهونه أو أخرب الدار و نحوها من التصرفات المنافيه لمفهوم الرهن.

و قسم منها لا ينافى مفهوم الرهن، بل ربما يتوقف عليه حفظه و بقائه كالسكنى فى الدار و إصلاح العين بالمقدار الذى ينعدم بدونه، فان مثل ذلك معد لبقاء العين.

و قسم متوسط بين القسمين كالبيع و نحوه لعدم منافاه البيع لحقيقه الرهن و لذا جاز رهن العاريه.

أما القسم الأول: فلا يجوز بلا شبهه، و لم يستشكل فيه أحد فيما نعلم و أما الثانى: فلا شبهه فى جوازه، بل ربما يجب لبقاء العين المرهونه عليه.

و أما التصرفات المتوسطه الغير الموجبه لنقص القيمه كالبيع و نحوه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۳۹

فالظاهر جوازه و توضيح ذلك أن المانع عنه انما هو أمور: الأول: الإجماع التعبدى على عدم جواز، و فيه انه على تقدير حجيه الإجماع المنقول فليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل أنه مستند الى الوجوه المذكوره فى المسأله و الّا فالتعبد بعدم جواز بيع الرهن بعيد جدا.

الثانى: النبوى المعروف الراهن و المرتهن ممنوعات من التصرف و فيه أنه ليس لنا وثوق، بل ظن بصدوره من المعصوم «ع» فلا يكون حجه و توهم انجبار ضعفه بالشهره فى غايه الضعف لما حققناه فى محلّه و أشرنا إليه فى كثير من المسائل المتقدمه من أن الشهره لا توجب انجبار ضعفه الروايه.

و لو

سلمنـا صـحه سـند فلاـ دلاـله لهـا على بطلان بيع الرهن، بل هى ناظره بمناسـبه الحكم و الموضوع الى التصـرفات المنافيه للرهن كـالقسم الأـول من التصـرفات، و بعبـاره أخرى أن مناسـبه الحكم و الموضوع فى قوله الراهن و المرتهن ممنوعات من التصـرف تقتضى عدم نفوذ التصرف من كل منهما على استقلاله لا مع الاتفاق و الاجتماع كما هو واضح.

و أما مفهوم الرهن فهو عباره أخرى عن كون العين وثيقه و من الواضـح أن البيع لا يمنع عن ذلک، و لـذا جاز رهن العاريه غايه الأمر يشترط فى العقـد عـدم كون المبيع طلقا، بل كونه متعلقا لحق الغير و مع عدم فكّه يكون للمشترى خيار تخلف الشـرط، بل يصح مع عدم الاشتراط أيضا غايه الأمر يكون المبيع معيبا فيثبت للمشترى خيار العيب.

نعم، لو قلنـا بكون الرهن كالوقف و لم يكن للمالک علاقه الملكيه كما لا يبقى له العلقه فى الوقف أيضا فلعـدم جواز البيع وجه و لكن أنى لهم إثبات ذلک.

و بالجمله لا دليل على بطلان بيع الرهن لعدم وجود الإجماع التعبدى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۰

عليه و لا وجود الروايه و عدم صحه النبوى سندا و دلاله و عدم اقتضاء مفهوم الرهن ذلک.

ثم على القول بعدم جواز بيع الرهن هل هو باطل من أصله كما اختاره جمع أو يتوقف على اجازه المرتهن كما اختاره جمع آخر و اختاره المصنف، الظاهر هو الثانى للعمومات الداله على صحه المعامله وضعا و تكليفا و عدم وجود المعارض لها.

و أما توهم الإجماع على البطلان، ففيه أنه على تقدير حجيته فالمقدار المتيقن منه هو البطلان مع استقلال الراهن فى التصرف أو المرتهن لا مطلقا و أما النبوى فمضافا الى

ضعف السند فيه كسائر النبويات فلا دلاله فيه على بطلان البيع من أصله، بل انما يدل على عدم نفوذ التصرف بدون اذن المرتهن و الذى يدلنا على هذا تسالم الفقهاء على صحه بيع المرتهن مع اذن الراهن أى الإجازه اللاحقه.

هذا كله مضافا الى ما يستفاد من صحه نكاح العبد بالإجازه معللا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيّده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك معصيه اللّه أصاله فى إبقاء العقد التى لا يمكن أن يلحقها رضا اللّه تعالى.

[فيما استدل به المصنف على صحه بيع الرهن]

اشاره

ثم ان المصنف استدل على صحه بيع الرهن

[الأول] بفحوى أدله صحه بيع الفضولى،

و عن التذكره أن كل من أبطل عقد الفضولى أبطل العقد هنا، و لكن الظاهر أن الأولويه ممنوعه من الطرفين

أما الثانى فلما افاده المصنف من أن من استند فى البطلان فى الفضولى إلى مثل قوله (ع): لا بيع إلّا فى ملك لا يلزمه البطلان هنا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۱

و أما الأول: فلا مكان الالتزام بصحه الفضولى و بطلانه هنا كما ذهب اليه الشيخ اسد اللّه التسترى و ذلك من جهه أن العمومات تشمل للعقد الفضولى بعد الإجازه و انتسابه الى المالك لكون العقد عقد فيكون صحيحا بخلاف المقام، فإنه كالعقد على بنت الأخ و الأخت صادر من المالك ابتداء من غير شمول العمومات لها فحيث أنه عقد واحد و ليس له أفراد عديده فلا تشمله العمومات بعد الإجازه أيضا، و لكن أجبنا عنه فيما سبق من العقد الفضولى أن العمومات شامله لها بعد الإجازه للعمومات الزمانى، فإنه ليس منحصرا بصوره تعدد الأفراد الطوليّه، بل يجرى فى الفرد المستمر فإذا لم تشمل العمومات لعقد مدّه من الزمان لمانع فتشمله بعد ارتفاع المانع.

و حاصل الكلام من الأول أنه لا إشكال فى بيع الرهن بان يبيعه الراهن من غير استيذان من المرتهن، بل باستقلاله غايه الأمر شرط على المشترى كون المبيع ملكا غير طلق، بل بدون الاشتراط فيكون له خيار العيب.

و دعوى الإجماع التعبدى على البطلان دعوى جزافيه لاحتمال كونه مستندا الى الوجوه المذكوره فى المسأله و التمسك فى المنع إلى النبوى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بلا وجه لضعف سنده أولا و عدم انجباره بالشهره، و لذا خالفنا المشهور فى هذه المسأله، و عدم دلالته

على المقصود ثانيا، فإن مناسبه الحكم و الموضوع يقتضى أن المراد من كونهما ممنوعان من التصرفات المنافيه للرهن لا مطلق التصرف و من الواضح أن البيع لا ينافى الرهن، و لذا يجوز رهن العاريه و اذن فلا مانع من البيع مع وجود المقتضى له و كونه ملكا للبائع فيجوز التمسك بالعمومات الداله على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۲

صحه البيع.

و دعوى عدم جواز التمسك بها من جهه أن البيع من الأول بيع ما لا يملك و لم تشمله العمومات و بعد الإجازه ليس هنا عقد آخر ليكون مشمولا لها، لكونه فردا واحدا لا أفراد عديده لتكون مشموله لها بحسب العموم الزمانى فلا يقاس ذلک بالبيع الفضولى لكونه حين استناده الى المالک مشمولا للعمومات و كون العقد عقده و ان لم تشمله من الأول من جهه صدوره من الأجنبى و أما هنا فقد عرفت أن العقد حين صدوره من المالک لم تشمله العمومات لعدم رضائه المرتهن و بعد الإجازه ليس هنا عقد آخر، فيكون باطلا دعوى جزافيه.

بيان ذلک أن العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللّٰهُ الْبَيْعَ و غيرهما كما تدل على صحه العقود بحسب الأفراد الطوليه المسماه بالعموم الزمانى فككک تدل على صحه العقد الواحد فى طول الزمان و فى كل آن، و هذا أيضا عموم زمانى فهذا العقد الواحد المستمر يجب الوفاء بها فى طول الزمان و على هذا فلو خرج فى زمان عن تحت العموم فلا يوجب ذلک خروجه عنه فى جميع الآنات بل تشمله العمومات مع وجدانه الشرائط فبيع الراهن و عقد بنت الأخ و بنت الأخت و ان كان قبل اجازه المرتهن و العمه و الخاله غير داخله تحت العمومات

و لكنها بعد الإجازه تكون مشمولا للعمومات.

لاـ يقال على هـذا فيلزم جواز التمسك بالعمومات فى جميع العقود التى كانت واجـده للشـرائط بعـد ما كانت فاقـده لها كما إذا فقدت شرائط المتعاقدين كعقد الصبى و المجنون ثم بالغ الصبى و أفاق المجنون أو فقدت شرائط العقد كما إذا كانت غرريا ثم ارتفع الغرر و هكذا مع أنه لا يمكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۳

الالتزام بذلك.

فـإنه يقال فرق واضـح بين ما نحن فيه و بين الأمور المـذكور فان الظاهر من الأدله أن من شـرائط العقـد حين تحققه أن لا يكـون غرريـا و ان لاـ يكون صـادرا من المجنون و الصبى و الّا بطل العقـد، فإذا كان حين تحققه غررّيا أو صادرا من الصبى و المجنون ثم انتفى الغرر أو بلغ الصبى أو برح المجنون فلاـ يمكن الحكم بصـحه هـذا العقـد، فـان مـا تحقق غرريـا أو صـدر من الصبى و المجنون لم يكن صـحيحا عند التحقق و ما يكون فعلا واجدا للشـرائط ليس عقدا آخر غير ما تحقق أولا الذى كان مشـروطا من الأول بهذه الشروط، فيكون باطلا.

و هـذا بخلاف العقد الفضولى و بيع الراهن فإن صـحه العقد فيهما مشـروط برضـى المالك و المرتهن و لكن لا دليل على كونه ككك من حين الحدوث فإذا رضـيا به فيكون العقد عقدا برضا صاحبه من المالك و المرتهن فتشـمله العمومات فيحكم بالصـحه كعقد المكره بعد الرضاء.

و بالجمله إذا كانت الشرائط من الأمور التعليقيه الخارجه عن كونها شرطا لنفس العقد أو للعاقد فلا وجه لكونه صحيحا فى زمان و باطلا فى زمان آخر كبيع الغررى و نحوه و اما إذا كان من الأمور التعليقيه كالرضا فلا وجه لفساد العقد

بدونه إذا کان واجدا لذلک بعد مده لعدم القصور من شمول العمومات علیه کما لا یخفی.

و ما عن صاحب المقابس من أن عقـد الراهن کعقـد النکاح علی بنت الأخ و الأخت بـدون رضا المرتهن و العمه و الخاله صادر من المالک غیر مشمول للعمومات فبعد الإجازه لیس هنا عقد آخر لیکون مشمولا لها قد ظهر فساده مما ذکرناه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۴

الوجه الثانی: مما یدل علی صحه بیع الرهن مع الإجازه مع التنزل عن جواز بیعه استقلالا الروایات الداله علی صحه بیع العبد

معللا بأنه لم یعص اللّه و انما عصـی سـیده حیث أن المسـتفاد منها أن عصیان المخلوق فی حقهم لا یوجب بطلان المعامله و أما الموجب للبطلان انما هو عصیانه تعالی.

ثم نقل المصنف (ره) عن بعض معاصریه القول ببطلان عقل الراهن بدون اذن المرتهن سابقا

اشاره

متمسـکا بالإجماعـات و الاخبار المحکیه علی المنع و النهی، قال و هو موجب للبطلان و ان کان لحق الغیر إذا العبره بتعلق النهی بالعقد لا الأمر خارج منه و هو کاف فی اقتضاء الفساد کما اقتضاه فی بیع الوقف و أم الولد و غیرهما مع التوائهما فی کون سبب النهی حق الغیر

ثم أورد علی نفسه بمـا حاصـله أنه علی هـذا یلزم بطلاـن العقـد الفضولی و عقـد المرتهن مع أن کـثیرا من الأصـحاب سـاوا بین الراهن و المرتهن فی المنع کما دلّت علیه الروایه فیلزم بطلان عقد الجمیع أو الصحه فالفرق تحکم.

ثم أجاب بأن التصرف المنهی عنه ان کان انتفاعا بمال الغیر فهو محرم و لا یحل له الإجازه المتعقّبه و ان کان عقدا أو إیقاعا فإن وقع بطریق الاسـتقلال لا علی وجه النیابه عن المالک فالظاهر أنه ککک کما سـبق فی الفضولی و الّا فلا یعد تصرّفا یتعلق به النهی فالعقد الصادر عن الفضولی و المرتهن إذا کان علی نحو الظلم و الغصب فیکون منهیّا عنه و باطلا.

و أما إذا کان بقصد النیابه عن المالک فلا وجه للبطلان و أما الراهن المالک فحیث أنه حجر عن ماله برهنه فیکون عقده مستندا الی ملکه لعدم المعنی لقصد النیابه فیکون منهیّا عنه و باطلا فیکون ما دل علی النهی عن تصرفه الکذائی مخصصا للعمومات.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۵

ثم قال و أما التعلیل المستفاد من الروایه «۱» المرویه فی النکاح من قوله لم یعص اللّه و

انما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كما أن العبد لا يملك أمر نفسه، و أما المالك المحجور عليه فهو عاص للّه تعالى بتصرفه و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع اللّه من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار فى كل مالك متموّل لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع.

و قد أورد عليه المصنف بوجوه كلها صحيحه.

منها: أنه لا فرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابه

فإن البيع ان كان تصرفا فى مال الغير و كون نفس الإنشاء مصداقا للتصرف المحرم فهو حرام مطلقا مع قصد النيابه و عدمه و الّا فلا وجه للبطلان.

و منها أن مطلق النهى المتعلق بالمعامله لا يقتضى الفساد

بل انما يقتضى الفساد إذا كان نهيا إرشاديا لا نهيا تكليفيّا فإن النهى التكليفى لا يستفاد منه الفساد إذ لا ملازمه بين الحرمه و الفساد، نعم لو كان للإرشاد دل على الفساد فدلاله النهى على حرمه بيع الرهن لا يدل على الفساد لعدم الملازمه بينهما.

و منها: أن قصد النيابه لو كان مصححا للعقد فيتصور مثل ذلک فى بيع الراهن أيضا

فإنه قد يبيع رجاء لإجازه المرتهن و لا ينوى الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمه فى شى ء من ذلک.

و منها: أن المتيقن من مورد الإجماع و الاخبار أعنى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو استقلال كل منهما فى التصرف فى العين المرهونه

و أما أزيد من ذلک فلا دليل عليه.

---

(۱) وسائل: ج ۱۴ ص ۵۲۳

و منها: أن ما ذكره من منع جريان التعليل فى روايات العبد فيما نحن فيه لوجود الفرق بينهما فاسد،

بـل الظـاهر كون النهى فى كـل منهما لحق الغير فان منع اللّه جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت فى كل ما كان النهى عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولى و نكاح العبد و بيع الراهن.

و منها: أن ما ذكره من المساواه بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد

ففيه أن الحكم فيهمـا تعبـد محض و لـذا لاـ يؤثر الإذن السابق من الواقف و المولى فى صـحه البيع، بل لو اجتمعوا أى الواقف و الموقوف عليه أو المولى و الولـد و أم الولد و رضوا على البيع فأيضا لا يجوز كما لا يخفى و على هذا فقياس الرهن عليه فى غير محلّه.

و بـالجمله أن المسـتفاد من طريقه الأصـحاب، بـل الأخبـار أن المنع من المعـامله إذا كـان لحق الغير الـذى يكفى إذنه السابق لا يقتضـى الإبطال رأسا بل انما يقتضـى الفساد بمعنى عـدم تربت الأثر عليه مسـتقلا من دون مراجعه ذى الحق و ينـدرج فى ذلك الفضولى و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمه على الحره و غير ذلك فإن النهى فى جميع ذلك انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا.

قوله: و قد يتخيّل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

أقول: بنـاء على كون الإجازه هنا كاشـفه كما هو الظاهر، فيلزم أن يكون الرهن ملكا للبائع أعنى الراهن و المشترى فيكون البيع و الرهن متنافيين و لا يعقل تحققهما فى زمان واحـد فيكون نظير ما تقدم فى مسأله من باع شـيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صـحه البيع يلزم كون الملك لشخصين

فى الواقع.

و أجـاب عنه المصـنف بـأن القائـل بجواز بيع الرهن انمـا يلتزم بكشف الإجازه عن عـدم الرهن من الأول بناء على الكشف و الا لجرى ذلك فى العقـد الفضولى أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافـذ الإجازه يوجب تملك مالكين لملك واحـد قبل الإجازه و اما ما يلزم فى مسأله من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فى مسأله اجازه

المرتهن، نعم یلزم فی مسأله انفکاک الرهن، فإنه حینئذ یکون ملکا للبائع و المشتری معا و سیجی ء التنبیه علی ذلک إنشاء اللّه تعالی ثم ان هذا الاشکال انما فی صوره عدم اجتماع الرهن مع البیع و أما بناء علی مسلکنا فلا- موضوع له أصلا، لجواز اجتماعهما علی ما عرفت فتحصل أنه لا محظور فی بیع الرهن بوجه.

قوله: ثم ان الکلام فی کون الإجازه من المرتهن کاشفه و ناقله هو الکلام فی مسأله الفضولی.

أقول: قد عرفت فی بیع الفضولی أن مقتضی القاعده هو النقل و حصول الملکیه للمشتری من حین الإجازه و انما یصار الی الکشف لدلیل اقتضی ذلک فان کون الإجازه شرطا فی صحه البیع بعنوان التعقب مئونه زائده یحتاج الی الدلیل و علی هذا فالدلیل الدال علی الکشف فی باب الفضولی انما هو الخبر الوارد فی النکاح کما تقدم و انما تعدینا إلی سائر العقود من جهه القطع بعدم الفرق بین أفراد العقود و أما فی المقام فحیث أن المباشر للعقد انما هو من له العقد دون الأجنبی کما فی الفضولی و ما بیده الإجازه انما هو غیر المالک اعنی المرتهن الذی لیس العقد له فاسراء الدلیل الوارد فی النکاح الی هنا یحتاج الی علم الغیب و علیه فمقتضی القاعده هنا هو النقل-

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۸

و لکن تقدم فی الفضولی أن مقتضی القاعده هو الکشف الحقیقی، لا بالمعنی الذی سلکه القوم، بل بمعنی آخر و هو أن یکون المبیع ملکا للمشتری من الأول و لکن حین الإجازه لا- من زمان العقد کما عرفت بما لا مزید علیه و علیه فنقول بالکشف هنا أیضا علی طبق القاعده.

و أما ما أفاده المصنف (ره) هنا من أن القول بالکشف هناک یستلزمه هنا بالفحوی لأن اجازه المالک أشبه بجزء المقتضی

و هی هنا من قبیل رفع المانع و من أجل ذلک جوّز و أعتق الراهن هنا مع تعقب اجازه المرتهن مع أن الإیقاعات عندهم لا تقع مراعاه و الاعتذار عن ذلک ببناء العتق علی التغلیب کما فعله المحقق الثانی فی کتاب الرهن فی مسأله عفو الراهن عن جنایه الجانی علی العبد المرهون مناف لتمسکهم فی العتق بعمومات العتق.

و فیه انه لا وجه للأولویه فإن عدم جریان الفضولی فی الإیقاعات من جهه الإجماع و المتیقن منه ما کان الإیقاع من الأجنبی فلا یعمّ بما إذا کان من المالک مع توقفه علی رضائه الغیر الذی لیس بمالک کما فی عتق الراهن لکونه مشمولا للعمومات، بل هو غیر مربوط بباب الفضولی أصلا فضلا عن اقتضاء الأولویه الکشف.

قوله: ثم انه لا إشکال فی أنه لا ینفع الردّ بعد الإجازه و هو واضح.

أقول: أما الإجازه بعد الردّ فذکر المصنف فیه وجهان: الأول أن الردّ فی معنی عدم رفع الید عن حقه فله إسقاطه بعد ذلک و لیس ذلک کرد بیع الفضولی لأن المجیز هناک فی معنی أحد المتعاقدین و قد تقرر أن ردّ أحد العاقدین مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فان المرتهن أجنبی له حق فی العین.

الثانی: أن الإیجاب المؤثر انما یتحقق برضا المالک و المرتهن فرضاء

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۴۹

کل منهما جزء مقوم للإیجاب المؤثر فکما أن ردّ المالک فی الفضولی مبطل للعقد بالتقریب المتقدم ککٔ ردّ المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم.

و الظاهر أن الإجازه بعد الردّ مؤثره فی صحه العقد و لا یعتنی، لما ذکره المصنف و ذلک من جهه أنه قد تقدم أن الدلیل علی عدم تأثیر الإجازه بعد الردّ هو الإجماع، و من الواضح أنه دلیل لبیّ یقتصر منه علی المورد المتیقن و

هو صوره كون العقد من طرف المرتهن و من لرضايته دخاله فى صحه العقد هو المالك لا الأجنبى كما فى المقام فان المرتهن أجنبى عمن لهما العقد فرضايته دخيل و لكن رده لا يفيد فيكون مشمولا للعمومات بل قد ذكرنا فى بيع الفضولى دلاله صحيحه محمد بن قيس على تأثير الإجازه بعد الرد مطلقا حيث يفهم من ردّ الوليده آثار الرد مع ذلك يحكم فيها بصحه البيع كما تقدم و ان استشكلنا فيها أيضا فراجع.

قوله: ثم انّ الظاهر أن فكّ الرهن بعد البيع بمنزله الإجازه لسقوط حق المرتهن بذلك.

اشاره

أقول: وقع الخلاف فى أن فكّ الرهن هل يكون مثل الإجازه و كذا سقوط الرهن بأى نحو كان من إسقاط الدين أو أدائه أولا، بل لا يلزم العقد به بوجه و أنه ليس كالإجازه و قد صرّح بالأول فى التذكره و كذا عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى، و الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله فى القواعد، بل مطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظر الى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر فى تصحيحه.

و الفرق بين الإجازه و الفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحه إمضائه للبيع الواقع فى زمان حقه و ان لزم من الإجازه سقوط حقّه فيسقط حقّه بلزوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۰

البيع.

و بالجمله فالإجازه تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازه المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلاله على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شى ء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملكهما و قد تقدم الاشكال فيه عن جماعه.

ثم

أيّد ذلک، بقوله

و يؤيد ما ذكرناه، بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحه نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازه و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح.

و أورد عليه المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ هذا و لكنّ الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهه أن عدم تأثير بيع المالک فى زمان الرهن ليس إلّا لمزاحمه حق المرتهن المتقدم على حقّ المالک بتسليط المالک فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى، و انما هو من جهه المانع فإذا زال المانع أثر المقتضى.

ثم قال و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببيّه نكاح العبد بدون اذن سيّده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمه حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاه بين كونه عبدا و كونه زوجا و لأجل ما ذكرنا لو تصرّف العبد لغير السيّد ببيع أو غيره ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلک التصرّف.

أقول: قد تقرر فى الأصول أن جميع الاعتبارات و القيودات راجعه إلى موضوعات الاحكام لا الى نفسها فموضوع صحه بيع الراهن انما هو بيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۱

الراهن مع اجازه المرتهن فإذا ارتفع موضوع اجازه المرتهن لا يبقى موضوع لصحه العقد الذى كان مقيدا بإجازه المرتهن و أما مجرّد وجود المقتضى و عدم المانع فلا يفيد فى ثبوت الحكم لعدم ترتّب الأثر عليه ما لم يتحقق موضوع الحكم حقيقه و الّا لجرى الكلام فى بيع الغرر و نحوه و يقال أن مقتضى الصحه موجود و المانع أى الغرر مثلا مرتفع فيؤثر المقتضى أثره.

و بالجمله

أن باب المقتضى و المانع مما لا يترتب عليه شى ء بوجه ما لم يتحقق الموضوع بجميع قيوداته فى الخارج فإذا تحقق فترتب عليه الأثر.

ثم انک عرفت أن وجه جواز بیع الراهن مع الغض عن جوازه استقلالا فی نفسه انما هو وجهان:

الوجه الأول: أن الظاهر من الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف هو التصرف الاستقلالى

و كون كل منهما مستقلا فى التصرف من غير أن يكون لنظر الأخر دخاله فيه، و أما التصرفات الغير الاستقلاليه فلا محظور فيها لكونها خارجه عن إطلاق الحديث فيكون مشمولا للعمومات و أما إذا باع الراهن الوثيقه ففكّ الرهن قبل الإجازه أو سقط الدين بإبراء و نحوه فلا وجه لخروج ذلك عن إطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف، بل هو شامل لما بعد الفك و ما قبله لأن فى زمان العقد لم تكن اجازه المرتهن و لا أن الراهن كان تصرفه نافذا على الاستقلال و فى زمان كان الراهن نافذ التصرف لم يكن هنا بيع فلا وجه للتصحيح.

و من هنا ظهر أنه لا موضوع لاستصحاب عدم اللزوم الحاكم على العموم كما فى كلام المستدل على الفرق بين الفكّ و الإجازه و للجواب عنه بأن الموارد من موارد التمسك بالعام لعموم أوفوا على جميع الآنات سوى زمان الرهن فان البيع فيه غير لازم و أما فى غيره فالعمومات محكمه، و وجه عدم الاحتياج، أنه بعد وجود الروايه لا شرح للأصل و أنه مخصص للعمومات فلا محال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۲

للتمسك بها كما عرفت.

الثانى: أنه مع الغض عن الوجه الأول

أن ما دل على جواز نكاح العبد و صحته معللا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيده دل على جواز بيع مال الرهن مع رضا المرتهن بدعوى ان المستفاد منه أن كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا و ليس ذلك كمعصيه اللّه أصاله فى إيقاع العقد التى لا يمكن أن يلحقها الرضا اللّه و أما فى غير ما لا يمكن فيه رضا المرتهن فلا مورد للتمسك بما

ورد فى نكاح العبد، بل نتمسک بإطلاق الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف بناء على صحه التمسک به كما عليه المشهور و الغض عما بنينا عليه من جواز بيع الراهن استقلالا كما عرفت، فان ما لا يجوز بيع الرهن انما هو البيع الذى يكون كبيع الغاصب بحيث جعل المبيع كغير الرهن و يعامل معه معامله الملک الطلق لا البيع الذى لا ينافى فى الرهنيه بوجه.

و الحاصل: أنه ربما يفرّق بين فکّ الرهن و بين اجازه المرتهن، و الالتزام بالصحه فى الثانى و بالفساد فى الأول و قد أجاب عنه المصنف و تبعه الأستاذ بأن مقتضى الصحه فى بيع الراهن العين المرهونه موجود و المانع عن تأثيره انما هو حق المرتهن فإذا ارتفع بالفکّ فيؤثر المقتضى أثره و فيه أن الاحكام الشرعيه خارجه عن باب المقتضى و المانع بل القيودات و الشرائط فيها معتبره فى الموضوع فيدور الحكم مدار وجود الموضوع، و واجديته تمام الشرائط فإذا لم يتم شى ء من شرائطه فلا يترتب الحكم عليه فصحّه بيع الرهن انما هى مترتّبه على اجتماع كل من الراهن و المرتهن على البيع فان اجتمعا فى ذلک فيصحّ و إذا استقل كل منهما فى التصرف فيبطل كما هو مقتضى الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف و على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۳

فلو باع الراهن العين المرهونه و قبل اجازه المرتهن فک الرهن بإسقاط الدين أو بأدائه فلا يمكن الحكم بصحته لشمول إطلاق الخبر له ما قبل فک و ما بعده فيكون باطلا.

و بعباره أخرى صحته كانت متوقفه على اجازه المرتهن فلم تحصل بل ارتفع موضوعها و من الواضح أن الخارج عن تحت الخبر انما كان صوره

اجتماع الراهن و المرتهن على البيع و أما غيرها فكان داخلا- تحت الإطلاق فلا يشمله عموم أحل اللّه البيع و أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، و غيرهما من العمومات، فإنها وجد قبل الفك لم يكن الشرط فيه موجودا و هو اجازه المرتهن، و أما بعد الفك فلم يوجد البيع ليكون مشمولا لعموم الوفاء بالعقد، فافهم.

و أما ما ادعاه المصنف من أنه لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام من باب استصحاب حكم الخاص كما زعمه المتوهم فإنه و ان كان متينا بالنسبه الى عدم جريان الاستصحاب لتبدل الموضوع مضافا الى عدم جريانه فی الأحكام الكليه كما حقق فی محله و لكن لا يتم من جهه التمسك بالعام أيضا لما عرفت أن إطلاق الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن و المرتهن شامل للمورد فيكون مخصصا لعموم العام.

و تحصل أنه إذا باع الراهن العين المرهونه ثم فكّ الرهن فيكون البيع فاسدا فلا مجوّز للتصحيح.

ثم بناء على الصحه فهل مقتضى القاعده هنا أيضا الكشف كالفضولی أو النقل الظاهر هو النقل لما عرفت أن دليل الكشف هو الخبر الوارد فی باب النكاح من أنه تحلف المرأه أنها كانت راضيه بالنكاح لو بقی زوجها و تعدينا من ذلك الى كل عقد من جهه القطع بعدم الفرق بينها، و أما

المقام فلا وجه للتعدی إليه حتى لو جوزنا التعدی إلى صوره اجازه المرتهن إذ ليس هنا اجازه حتى تكشف عن حصول الملكيه من الأول و نتعد من خبر النكاح اليه، بل ليس هنا الّا الفكّ فلا موجب للكشف فی مقام

الإثبات و انما مقتضى القاعده هو النقل.

و اما بناء على ما ذكرنا من كون الكشف على القاعده فكك أيضا فإنا قلنا به من جهه تعلق الإجازه على العقد من الأول من حين الإجازه و ليس هنا اجازه لتتعلق بالعقد و يكشف عن الملكيه من الأول.

ثم لو قلنا بالكشف أيضا فهل يحكم بلزوم العقد من طرف الراهن بحيث ليس له أن يفسخ العقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال فى البيع الفضولى أن الأمر بالوفاء بالعقد أم لا، فحيث أن المصنف قد قال فى البيع الفضولى أن الأمر بالوفاء بالعقد حكم انحلالى بالنسبه الى كل شخص كما أنه حكم انحلالى بالنسبه الى كل فلكل من البائع و المشترى أمر بالوفاء بالعقد مستقلا و على هذا فيجب للراهن الوفاء بالعقد كالمشترى الأصيل فلا يجوز له فسخه و لا إبطاله بالاذن للمرتهن فى البيع.

و فيه أن معنى الوفاء هو الإتمام و الإنهاء و الوفاء بالعقد هو انهاءه و لا يتم ذلك الّا بعد تحقق العقد و الالتزام و هو لا يحصل الا من الطرفين فالشارع المقدس انما يحكم بإتمام العقد و إنهائه إذا كان العقد حادثا و إمضائه حدوثا ثم يحكم ببقائه بقاء و ليس كك إذ الشارع لم يمضى العقد بعد فكيف يحكم بانهائه فإنه لا يتم بالتزام البائع فقط و فى المقام لا يتم بالتزام الراهن فقط بدون رضائه المرتهن و هذا نظير بيع الصرف و السلم قبل القبض فهل يتوهم أحد بجواز التمسك بالعمومات قبل القبض و كك مثل الوقف قبل القبض.

ثم بناء على اللزوم و عدم جواز فسخه فهل يجب للراهن فك الرهن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۵

ليبقى البيع و ينهاه

الى الأـخر أو لاـ يجب و قـد تردد المصـنف فى المسـأله و قـال يمكن أن يقـال بوجوب فكّه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى الّا بذلك فمن باب المقدمه يجب الفكّ ليحصل الوفاء به، فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع.

و يمكن أن يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عـدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سـلطنته فلا يجب و لـذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه و يدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك.

و الظـاهر هو الثـانى فـإن الأـمر بالوفـاء بالعقـد إرشـاد إلى أنه لاـ ينقضـى بالفسـخ و لو أراد ان يفسـخ فلاـ ينفسـخ، و أما أنه من المحرّمـات بحيث يكـون الوجوب تكليفيّـا فلاـ إذ لاـ يمكن أن يكون أمر واحـد إرشاديـا و تكليفيـا معـا بحيث يكون أمر واحد متكفلا لجهتين كما هو واضح. لا يخفى و عليه فلا يجب للراهن فكّ الرهن و ان قلنا باللزوم مقدمه الأداء و الوفاء.

ثم انه لو قلنـا بكون الأـمر بالوفـاء تكليفيـا أيضـا فلو امتنع فهـل يبـاع عليه لحق المرتهن لاقتضـاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقـدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقى المشترى و المرتهن اللازمين على الراهن البـائع وجهـان، كمـا فى المتن الظاهر هو تقـديم حق المرتهن كما هو واضـح. و أما مع انحصار المال فى المبيع فلا إشكال فى تقديم حق المرتهن كما هو واضح.

الكلام فى بيع الغررى

قوله: مسأله الثالث من شروط العوضين القدره على التسليم،

اشاره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۶

فان الظاهر الإجماع على اشتراطها فى الجمله.

أقول: و من جمله شروط العوضين القدره على التسليم تنقيح

مورد البحث هو أن المراد من القدره على التسليم هو القدره الفعليه بمعنى التمكن على التسليم عند البيع فلو قدر المشترى على التسلّم و لم يقدر البائع على التسليم فيكون البيع صحيحا و لكن كان للمشترى الخيار إذ ليس عليه التسلّم، بل يجب للبائع التسليم و كذا يثبت الخيار للمشترى إذا كان البائع قادرا على التسليم حين البيع ثم طرء له العجز، بل يجوز للمشترى طلب الأجره على الاستفاده فكل ذلك ليس موردا للكلام، و انما مورد البحث ما كان التعذر من المنتقل عنه و المنتقل اليه معا و مثلوا لذلك ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء ثم لم ينقل الخلاف من العامه و الخاصه فى اعتبار هذا الشرط الّا أن العامه خالفوا فى بيع الآبق فقالوا بعدم الصحه و لم ينقل الخلاف من الشيعه فى اعتبار هذا الشرط، الّا من الفاضل القطيفى المعاصر للمحقق الثانى.

ثم ان الدليل على اعتبار هذا الشرط وجوه:

الأول: قوله (ع) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر المشهور بين العامه و الخاصه

فيقع الكلام تاره فى سند الحديث و أخرى فى دلالته، أما الأول فلا شبهه فى ضعفه لكونه نبويا الّا انه اشتهر الاستدلال به فى المسأله و عليه فان كانت الشهره مستنده الى الحديث و قلنا بكونها جابره لضعف السند فبها و الّا فلا يمكن الاستدلال به و إثبات كل من الصغرى و الكبرى مشكل جدا.

و أما دلالته على المقصود فغرّ تاره يؤخذ متعديا فيكون بمعنى الخديعه و الغفله يقال غرّه أى خدعه كما فى الصحاح و القاموس و غيرهما و يظهر ذلك من الروايه المرويه عن أمير المؤمنين (ع) أنه عمل ما لا يؤمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۷

معه من الضرر كما فى لسان العرب، ثم حكى المصنف: عن النهايه بعد تفسير الغره بالكسر بالغفله

أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغرّ المشترى و باطن مجهول و بالجمله أن الظاهر من جمله من أهل اللغه ان الغرر بمعنى الخديعه.

و تاره أخرى يستعمل لازما فيكون بمعنى الخطر كما فى المصباح و الأساس و المغرب و الجمل و فى لسان العرب نسبه الى بعض و ان كان بمعنى الخديعه فيكون النهى تكليفيّا محضا و نهيا عن خصوص التغرير فلا يكون ناظرا إلى الجهه الوضعى الا أن المشهور استدلوا به على البطلان و ان كان بمعنى الخطر فيكون ناظرا إلى الجهه الوضعى فحيث أن تعين أحد المعنيين غير معلوم فلا يمكن الاستدلال به و العلم الإجمالى بأحدهما لا يفيد لكون كل منهما مشكوكا بالشبهه البدويه و ليس بينهما جامع كلى يوجب العلم التنجّز.

نعم بناء على كون الغرر بمعنى الخطر فيستدل به على البطلان و لا يفرق فيه بين ما كان الجهل متعلقا بحصوله بيد من انتقل إليه أم بصفاته كمّا أو بصفاته كيفا كما ذكره المصنف، و اما إذا تعلق بأصل الوجود فيكون من باب بيع ما لا يملك فيكون خارجا عن المقام و ربما يقال ان المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضروره حصوله فى بيع الغائب خصوصا إذا كان فى بحر و نحوه، بل هو أوضح فى بيع الثمار و الزّرع و نحوهما.

و فيه أولا: انه ان كان بيع الغائب مما يوثق بحصول المبيع فليس فيه خطر بوجه فان ذلك من قبيل العلم بالحصول ضروره قيام الاطمئنان مقام العلم و كونه علما، و ان لم يوثق بحصوله فيكون عين المتنازع فيه فلا

يكون فيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۸

امتياز بوجه.

و ثانيا: ما ذكره المصنف أن الخطر من حيث حصول المبيع في يد المشترى أعظم من الجهل بصفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييد كلام أهل اللغه خصوصا بعد تمثيلهم بالمثالين المذكورين و احتمال إرادتهم ذكر المثالين لجهاله صفات المبيع لا الجهل بحصوله في يده يدفعه ملاحظه اشتهار التمثيل بها في كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا للجهاله بالصفات، هذا مضافا الى استدلال الفريقين من العامه و الخاصه بالنبوى المذكور على اعتبار القدره على التسليم.

و بالجمله لا وجه لهذه الدعوى من العرف و اللغه و الشرع و في مقابل هذا القول ما عن الشهيد في القواعد حيث قال الغرر ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه و شرعا هو جهل الحصول و مجهول الصفه فليس غررا و بينهما عموم و خصوص من وجه فإنه مضافا الى إطلاق الروايه أنه ليس للغرر حقيقه شرعيه حتى يتعد بها كما لا يخفى و لكن الذى يسهّل الخطب أن كون الروايه ناظرا الى الحكم الوضعى محل تأمل، بل منع كما عرفت ثم انه هل العلم بوجود الخطر كالجهل بالمبيع أم لا، الظاهر هو الأول لا من جهه الفحوى بل من جهه خطريه المعامله كما لا يخفى.

الوجه الثاني: ما ذكره شيخنا الأستاذ من أنه لو لم يمكن التسليم و التسلّم فهذا المال لا يعتبره العقلاء مالا و لا يترتّبون عليه أثرا

و لذا مثل الأساطين لفقد هذا الشرط ببيع السمك في الماء و الطير في الهواء مع عدم رجوعهما إلى الحاله التي يمكن إقباضهما و قبضهما.

و فيه أنه على فرض اعتبار الماليه في صحه البيع فهذا الوجه انما يتم في الجمله أى فيما لا يكون المبيع في نظر العرف مالا كبيع الطير في الهواء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۵۹

و السمكه في الماء

فان العرف لا يراهما مالا، بل ربما يعدونهما من التلف العرفى و أما فيما لم يكن المبيع الذى لا يقدر على تسليمه من التالف كما إذا غصب الغاصب المبيع و لم يكن البائع قادرا على الإنقاذ فإنه لا يعد ذلك فى العرف تالفا و غير مال، بل يعدّ مالا كما لا يخفى على أنه لا دليل على اعتبار الماليه فى المبيع كما تقدم فى أول البيع.

و الكلام فى القدره على التسليم و تحقيق المقام أن المراد من القدره على التسليم هى القدره الفعليه سواء كان القادر على ذلك هو البائع أو المشترى غايه الأمر إذا لم يكن القدره الّا من المشترى فيكون له الخيار بل جازت له مطالبه الأجره و مع عدم القدره الفعليه كان داخلا فى محل البحث انه صحيح أو فاسد، نعم لو كان البائع أو المشترى قادرا على التسليم أو التسلّم ثم صار عاجزا فهو خارج عن محل الكلام، بل يثبت للمشترى خيار تعذّر تسليم المبيع.

ثم انه استدل على البطلان مع العجز عن التسليم بوجوه:-

الأول: قوله (ع) نهى النبى (ص) عن بيع الغرر

فتاره يراد منه معنى الخديعه فيكون النهى متمحّضا للنهى التكليفى فلا يكون موجبا للفساد و قد ذكر ذلك جمله من أهل اللغه.

و أخرى يراد من الغرر معنى الخطر فيكون النهى ناظرا الى الحكم الوضعى، و قد ذكر ذلك أيضا جمله من أهل اللغه فحيث لا قرينه على أراد المعنى الثانى فلا يمكن الاستدلال بالنبوى على بطلان البيع الغررى و اعتبار القدره على التسليم فى المعامله و ان كان صحيحا من حيث السند فان احتمال إراده الخديعه يوجب منع ظهور النبوى فى الخطر.

نعم استدل المشهور من الخاصه و العامه به على الفساد و دعوى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۰

العلم الإجمالى بكون أحد المعنيين مرادا من

النبوى لاـ يوجب الفسـاد من جهه تنجيز العلم إذ لا وجه لكونه موجبا للتنجيز فان الخـديعه محرمه جزما من الخارج مع قطع النظر عن إراده الخديعه من النبوى نظير الغش و التدليس كما تقدم فى المكاسب المحرمه.

ثـم انه بنـاء على اراده الخطر من الغرر كمـا اسـتدل المشـهور من الفريقين فلاـ يفرق فيه بينمـا كـان الجهـل متعلقـا بـالحصول أم بالصفات من حيث الكيفيه أم من حيث الكميّه فإن الجهل بكل منها يوجب الخطر فيكون البيع فاسدا.

و أما الجهل بأصل الوجود فهو خارج عن المقام و انما هو من صـغريات بيع ما لا يملك و دعوى اختصاص الغرر بصوره الجهل بالصـفات لاـ وجه لهـا فـان الجهـل بالحصول أعظم غررا من الجهل بالصـفات، بل من هـذا ما ذكره المشـهور من الأمثله من بيع السـمك فى المـاء و الطير فى الهواء فكـأن صوره الجهل بالحصول مما تسالم عليه الكل بكونه موجبا للغرر كما لا وجه لـدعوى اختصاصه بالجهل بالصفات لكونه معنى شرعيّا للغرر و ذلك لعدم ثبوت الحقيقه الشرعيه فى ذلك.

ثم ذكر المصـنف و كيف كـان فلاـ إشـكال فى صـحه التمسك لاعتبار القـدره على التسـليم بالنبوى المـذكور الّا أنه أخص من المـدعى لاـن مـا يمتنع تسليمه عاده كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عاده و نحوه ليس فى بيعه خطر لان الخطر انما يطلقه فى مقـام يحتمل السـلامه و لو ضـعيفا لكن هـذا الفرد يكفى من الاسـتدلال على بطلانه بلزوم السـفاهه و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل.

و فيه أنه تقدم مرّه أنه لا دليل على بطلان البيع السفهى و انما

الدليل على بطلان بيع السفيه و أنه تقدم مرارا أيضا

أن آيه حرمه أكل المال بالباطل ناظره إلى الأسباب و أجنبيّه عن شرائط العوضين.

و أما أصل المطلب أن النبوىّ و ان لم يكن شاملا للمقام الّا أن الخطر بمعنى الهلاكه فإذا كان احتمال الهلكه موجبه للفساد و فى صوره العلم بالهلاكه أولى بالفساد.

و من جمله ما يستدل به على اعتبار هذا الشرط النبوى المستفيض لا تبع ما ليس عندك و ذكر المصنف أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهى كنايه لا عن مجرّد الملك لأن المناسب حينئذ لفظه اللام و لا عن مجرّد السلطنه عليه و القدره على تسليمه لمنافاته لتمسك العلماء من الخاصه و العامه على عدم جواز بيع العين الشخصيه المملوكه للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا إذا كان وكيلا عنه فى بيعه و لو من نفسه فإن السلطنه و القدره على التسليم حاصله هنا مع أنه مورد السلطنه التامه الفعليه التى تتوقف على الملك مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و ان كان غائبا و بالجمله فمراده أنه لا بد من اراده المعنى الجامع الأعم من الملك و الحضور.

أقول: أما

قوله لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف

فالظاهر أن ذكر السلف من سهو القلم فإنه بأى معنى يفسّر النبوى فالسلف خارج عنه لعدم كونه ملكا و كونه غائبا أيضا.

و أما اراده الحضور من لفظ عندك فواضح البطلان لما ذكره المصنف من صحه بيع الغائب و أما اراده الجامع الشامل لعدم الملك و عدم القدره على التسليم فأيضا فاسد لعدم القرينه عليه بل الظاهر من النبوى إراده الملك و دعوى ان المناسب ذكر اللام حينئذ لا توجب عدم اراده الملك، فان من

مصباح

المتعارف حتی الآن بل فی سائر الأسنه استعمال کلمه عند فی الملکیه و یقال أنه لیس عندی أی لا أملکه فلا یمکن الاستدلال بالنبوی علی اعتبار هذا الشرط.

و أما ما ذکره من قوله مع أنه مورد الروایه عند الفقهاء بل هو مورد الروایه

فإنه (ره) ذکر فی البیع الفضولی أن العلامه (ره) روی أن الحکیم ابن حزام الدلال سأل عن بیع العین الشخصیه مع عدم کونها عنده فقال (علیه السلام) لا تبع ما لیس عندک.

و من هنا ظهر ما فی کلام المصنف من قوله، و أما الإیراد علیه بدعوی أن المراد به الإشاره الی ما هو المتعارف فی تلک الأزمنه من بیع الشی ء الغیر المملوک ثم تحصیله بشرائه و نحوه و دفعه الی المشتری فمدفوع بعدم الشاهد علی اختصاصه بهذا المورد و لیس فی الاخبار المتضمنه لنقل هذا الخبر ما یشهد باختصاصه بهذا المورد.

و وجه البطلان ما عرفت من روایه العلامه فإن السائل عنها إنما سئل عن خصوص البیع الشخصی الذی لیس عنده ثم یشتریه من الغیر فیعطیه إیاه.

و بالجمله أن الظاهر من قولهم (ع) لا- تبع ما لیس عندک هو نفی الملکیه لا- نفی الحضور و لا- نفی القدره علی التسلیم و الاستدلال علیه و لا الجامع بین المجموع ثم ذکر المصنف نعم یمکن ان یقال أن غایه ما یدل علیه هذا النبوی، بل النبوی الأول أیضا فساد البیع بمعنی عدم کونه عله تامه لترتب الأثر المقصود فلا ینافی وقوعه مراعی بانتفاء صفه الغرر و تحقق کونه عنده، و لو أبیت إلا عن ظهور النبویین فی الفساد بمعنی لغویه العقد رأسا، المنافیه لوقوعه مراعی دار الأمر بین ارتکاب خلاف هذا

الظاهر و بين إخراج

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۳

بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإنّ البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع عن التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به.

و بالجمله فمراده أنه لو التزمنا بدلاله النبويين على فساد البيع من الأول لزم من ذلك التخصيص الأكثر لخروج جمله من الموارد عن تحتهما و كونها صحيحه بالإجازه فهما يدلّان على الفساد إذا لم يرتفع الغرر و لم يكن مالكا إلى الأبد لا مطلقا.

و فيه أولا- أن ظهور قوله نهى النبى عن بيع الغرر هو فساد البيع من الأول من غير أن يكون مرعى بانتفاء الغرر و يكون صحيحا بعده و لا يقاس ذلك ببيع الفضولى و بيع الراهن كما تقدم.

و ثانيا أنه لا- يلزم التخصيص الأكثر بخروج ثلاثه موارد من تحت الروايه و انما يلزم ذلك إذا كان الخارج بالنسبه إلى الباقى كثيرا، مثلا- لو قال المولى أكرم العلماء، ثم قال لا تكرم زيدا، و لا تكرم عمروا، و لا تكرم بكرا، فلا يلزم من ذلك تخصيص الأكثر، و انما يلزم ذلك إذا لم يبق تحت العام الا مصداق أو مصداقين.

و ثالثا: أن الموارد التى ذكرها المصنف ليست تخصيصها لنهى النبى عن بيع الغرر بل كلها أجنبى عن النبوى و ذلك فان بناء الاستدلال على كون الغرر فيه بمعنى الخطر و المهلكه و من الواضح أنه لا خطر فى شى ء من المذكورات فإن المشترى

اما یرضی بذلک أو لا یرضی لعلمه بالحال و مع ذلک أیّ خطر فی ذلک و مع عدم العلم بالحال یثبت له الخیار کما لا یخفی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۴

و أما ما ذکره من لزوم خروج بیع ما یملکه بعد البیع فهو خارج عما نحن فیه بالکلّیّه و انما هو بیع باطل لکونه بیعا لما لا یملک فیشمله قوله (ع) لا- تبع ما لیس عندک علی أن بیع الرهن لیس إلّا کسائر البیوع الفضولیه غایه الأمر هذا فضولی من المالک الراهن فلا وجه لإخراج خصوص بیع الراهن فقط دون بقیه البیوع الفضولیه.

و أما النبوی الثانی ففیه أولا أن ظهوره هو أن کون المبیع عند البائع من الأول و أنه شرط لصحه البیع من الأول فلا یرتفع الفساد بطروّ العندیه، بل هو باق علی فساد إلی الأبد.

و ثانیا: أنه لا یلزم من خروج ثلاثه موارد منه تخصیص للأکثر أصلا.

و ثالثا: لیس أکثرها تخصیصا للنبوی فضلا عن أن یکون أکثر و ذلک أما بیع العبد الجانی عمدا فلأن ما یتوهم من المانع عن صحه البیع هو تعلق حق الغیر به بأن یسترقه أو یقتله و لکنه لیس بمانع و ذلک لما تقدم فی المسأله السابقه من أنه لا یشترط فی استیفاء حق الجنایه بقاء الجانی فی ملک من کان مالکا له حین الجنایه فلا مانع من بیعه و مجرد تعلق حق المجنی علیه أو ورثته به لا- یوجب عدم نفوذ بیع مولاه لعدم کون البیع مانعا عن من استیفاء الحق غایه الأمر یثبت الخیار للمشتری مع الجهل بالحال، فان کونه جانیا عیب فی العبد و بالجمله بعد ما اعترف المصنف (ره) فی المسأله السابقه

بصحه بيع العبد الجانى غايه الأمر يثبت الخيار للمشترى مع الجهل بالحال و الّا فلا يشمله قوله (ص) نهى النبى (ص) عن بيع الغررى حتى يكون خروجه تخصيصا.

و أما بيع المحجور لسفه أو رقّ أو فلس فإن رضى من له البيع على ذلك كالولى و الغرماء صح البيع فليس فيه غرر و ان لم يرض به فيكون باطلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۵

من الأول لا من جهه الغرر بل من جهه عدم نفوذ بيعهم بدون اجازه الولى و الغرماء.

و أما الرهن فان قلنا بأن اشتراط القدره على التسليم لا يشمل التعذر الشرعى و انما يختص بالتعذر الخارجى فلا إشكال فى صحه بيع الراهن لكون المنع هنا شرعيا و هذا هو الظاهر فان العجز الشرعى و ان كان العجز الخارجى الّا أن محط نظر الأساطين فى هذا الشرط هو عدم القدره خارجا و لذا يمثّلون لما لا يقدر على تسلمه ببيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء، و ان قلنا بشمول التعذر الشرعى فيكون بيع الراهن داخلا تحت النبوى لكونه من مصاديق بيع ما ليس عنده شرعا فيكون القول بالصحه فيه كما هو المشهور تخصيصا و على هذا فيكون الخارج عنه مصداق واحد على فرض واحد.

و بالجمله فظهور النبوى فى فساد البيع من الأول و مع القول بالتخصيص فليس تخصيصا للأكثر على أنه لا تخصيص إلّا فى فرد واحد و مما استدل به على اعتبار هذا الشرط فى البيع من أن لازم العقد وجوب تسليم لكل من المبتاعين العوضين الى صاحبه لكن التسليم ليس بممكن فلا يصح العقد فمقتضى القياس الاستثنائى هو فساد العقد مع تعذّر التسليم و أجاب عنه المصنف بأنه ان

أريـد أن لازم العقد وجوب التسـليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشـروطا بالتمكّن كما لو تجدد العجز بعد العقد.

و فى كلام المصنف مسامحه واضحه فإن قوله

وجوبا مطلقا

لا يسـتقيم إذ لا معنى للوجوب المطلق سواء تمكن أم لم يتمكن بل التكاليف كلها مشـروطه بالقدره و التمكن و الاولى أن يقال انه ان أريد أن لازم العقد وجوب التسليم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۶

وجوبا فعليّا منعنا الملازمه و ان أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا.

ثم قال المصنف و قد يعترض بأصاله عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصاله عدم تقيد البيع بهذا الشرط و فى الاعتراض و المعارضه نظر واضح.

أقول: لا ربط لهذا الكلام أصـلا إذ عرفت أنه لا معنى لأصاله عدم تقيد الوجوب بعد ما استحال إطلاقه ضروره تقيد كل وجوب بحـال التمكن و مع قبول إطلاقه فالأصل يقتضـى هنا التقيـد فإنه مع الشك فى الوجوب بـدون حصول القيـد يتمسك بالبراءه و أيضا مع الغض عن جميع ذلك لا وجه لمعارضه ذلك بأصاله عـدم تقيد البيع لما عرفت فى محله أن مقتضـى الأصل فى العقود هو الفساد و كلما يشك فى اعتبار قيد فلا بدّ من اعتباره فتكون النتيجه هو التقيد.

و من الوجوه التى استدل بها على اعتبار هذا الشرط هو أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من

منع توقف مطلق الانتفـاع على التسـليم لجواز الانتفاع فى العبـد مثلا بمثل العتق على أنه يجوز الانتفاع به بعـد التسـليم و فى وقت حصوله.

و من الوجوه أن بذل الثمن على غير المقدور سفه فيكون ممنوعا و أكله أكلا للمال بالباطل

و أجاب عنه المصنف بأن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول لا يكون سفها.

على أنـا ذكرنـا كرارا أنه لاـ دليـل على بطلاـن البيع السـفهى و أنمـا الـدليل على بطلاـن بيع السـفيه ففى البيع السـفهى نتمسـك بالعمومات و نحكم بصحته.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۷

و تحصل أن ما ذکره المصنف من الوجوه علی اعتبار القدره علی التسلیم لم یتم شی ء منها فلا وجه للحکم بالفساد بل نحکم بالصحه غایه الأمر یثبت الخیار للمشتری.

و ذکر شیخنا الأستاذ أن الوجه فی اعتبار القدره علی التسلیم أن ما تعذر تسلیمه لیس بمال

اشاره

فیکون البیع باطلا لذلک لان العقلاء لا یرتبون علیه أثرا و لذا مثل الأساطین لفقد هذا الشرط ببیع السمک فی الماء و الطیر فی الهواء مع عدم اعتبار رجوعهما إلی الحاله التی یمکن إقباضهما ثم أورد علی نفسه بأنه لا یقال لو کان فی هذا النحو من المال قصور فی جهه المالیه لزم جریان قاعده التلف قبل البیع فیه لو فرض کونه حال العقد مثل سائر الأموال، ثم قبل التسلیم صار کذلک ثم أجاب بأنه و ان کان هذا المال فی عالم الاعتبار قاصرا عمّا علیه سائر الأموال الّا أنه لیس کالعدم بحیث یعد تالفا و قاعده کون التلف قبل القبض من مال بایعه تختص بما إذا تلف حقیقه و لا تشمل بما إذا نقصت مالیته و لذا لو باع الجمد فی الصیف أو الماء فی المفازه و لم یسلّمه إلّا فی مکان نقصت قیمته و ضعفت اعتباریه العقلائیه لا یلتزمون بانفساخ المعامله لقاعده التلف قبل القبض.

و تحقیق المقام أن یقال أن المال الذی یتعذّر تسلیمه علی أقسام:

الأول: أن یکون مع تعذّره مما یمکن للمشتری الانتفاع به،

کالعبد الآبق و الجاریه الآبقه فإنه و ان کان تعذّر تسلیمهما لأجل الإباق و لکن یمکن الانتفاع بهما بالعتق، و علی هذا فلا یوجب التعذر تسلیم خروج المال المتعذر عن المالیه و ان کان تنقص قیمته لأجل التعذر تسلیم فما ذکره من کون التعذّر موجبا لزوال المالیه لا یتم هنا لإمکان انتفاع المشتری بذلک و علی هذا فیصح البیع هنا بمقتضی القاعده حتی بناء علی اعتبار المالیه فی البیع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۸

الثانی: أن لا یمکن الانتفاع به لأحد لا المبتاعین و لا غیرهما بحیث یوجب التعذر لحوقه بالتالف و بالمعدوم

فهذا مما لا شبهه فی عدم جواز بیعه حتی بناء علی عدم اعتبار المالیه فی المعاوضه فإنه انما لا یعتبر علی هذا المسلک کون المبیع مالا لا غیر موجود فإنه لم یختلف أحد فی اشتراط الوجود فیه فتکون البیع فاسدا حینئذ و هذا نظیر ما إذا صاد طیرا وحشیّا أو غزالا وحشیّا أو غیرهما من الحیوانات البریه الغیر الأهلیّه ثم أبق فإنه لا یرجع عاده فیکون فی حکم التلف عرفا و لذا لا یصحّ أن یقال أن لفلان حیوانا فی هذا المفازه و هکذا المال الذی وقع فی البحر کالخاتم و الدرهم و الدینار و نحو ذلک فان العرف یری ذلک تالفا و لا یرون فی تلک الأموال اضافه الی مالکه بوجه لا إضافه المالیه و لا إضافه الملکیه و لا إضافه الحقیه و هذا

القسم لا شبهه فی عدها من التالف و علی هذا فلو باع أحد ماله ثم وقع فی البحر قبل القبض أو صاد غزالا أو طیرا ثم أبق قبل القبض لا شبهه فی عدّ ذلک من التالف فتشمل علیه القاعده المعروفه کل مبیع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه فان ذلک و ان لم یکن

معدودا من التلف الحقیقی و لکنه یعدّ من التلف العرفی.

و بالجمله ما کان یتعذّر التسلیم و مع ذلک لا یمکن لأحد أن ینتفع به فیکون عرفا من التالف فلا یبقی فیه اضافه الی المالک أیّ اضافه کانت فلا یصحّ البیع مع هذا التعذّر بل یبطل البیع مع طروّ مثل ذلک التعذّر.

الثالث: أن یکون التعذّر موجبا لعدم إمکان الانتفاع للمتبایعین فقط دون الأشخاص الأخر

کما إذا غصب الغاصب دار زید فجلس فیها و لکن لا یتمکن زید عن انقاذها و لا من یرید بیعها منه و لا یمکن لهما أن ینتفعا بها بوجه الّا أن ذلک لا یوجب عدم جواز الانتفاع بأصل الدّار و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۶۹

کونها ساقطه عن المالیه بالکلیه بحیث لم یرغب إلیها أحد و لا ینتفع بها شخص و الّا لما غصبها الغاصب، بل لم تنقص قیمه هذه الدار أیضا فکیف بکونها ساقطه عن المالیه.

و علی هذا فما ذکره شیخنا الأستاذ من کون التعذر موجبا عن الخروج عن المالیه انما یتمّ فی الفرض الثانی فقط لا فی غیره من الفروض فلا۔ کلیه له و فی هذا الفرض الثانی یبطل البیع حتی مع عدم اعتبار المالیه أیضا لعدم وجود المبیع لا من جهه عدم المالیه لما عرفت من کونه لاحقا بالتالف فلا تصل النوبه بما ذکره الأستاذ و فی هذا الفرض الثانی ما ذکره المستشکل من لزوم کونه موجبا لبطلان البیع لو طرئه ذلک العارض قبل القبض و الإقباض هذا ما تقتضیه القاعده.

و أما بحسب الروایات

فقد ورد صحیحا فی المسأله الآتیه فی العبد الآبق و الجاریه الآبقه أنهما یباعان مع الضمیمه معلّلا بأنه لو لم یرجع العبد و الأمه یقع الثمن فی مقابل الضمیمه فإن المستفاد من عموم التعلیل هو جواز البیع مع الضمیمه مطلقا سواء کان الآبق هو العبد أو الإبل أو غیرهما و یصحّ البیع فی مطلق الشارد کما لا یخفی و لکن المشهور لم یعملوا بالروایات فی غیر العبد الآبق و الجاریه الآبقه و لم یعلموا بعموم التعلیل کما هو واضح فتدل الروایه علی عدم جواز بیع غیر العبد الآبق من الموارد

التی یتعذر فیه التسلیم بطریق أولی فإنه إذا لم یصحّ بیع العبد الآبق منفردا مع جواز الانتفاع به بالعتق و فیما لا ینتفع به لا یصحّ بالأولویه.

[هل القدره شرط أو العجز مانع]

قوله: ثم ان معاقد الإجماعات کما عرفت کون القدره شرطا.

أقول: قد وقع الخلاف فی أن القدره علی التسلیم شرط للبیع أو العجز عنه مانع بعد الفراغ عن أصل الاشتراط و قد أکد الشرطیه فی عباره

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۰

الغنیه حیث حکم بعدم جواز بیع ما لا یمکن فیه التسلیم فینتفی المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلک کلّه فقد استظهر صاحب الجواهر من عباره الغنیه أن العجز مانع لا أن القدره شرط للبیع و تظهر الثمره فی مورد الشک حیث أنه لو اعتبرت القدره شرطا لا یجری الأصل و لو اعتبر العجز مانعا فنتمسک بالأصل ثم ذکر مسأله اختلاف الأصحاب فی الضال و الضاله و جعله دلیلا علی أن القدر المتفق علیه ما إذا تحقق العجز.

و قد أشکل علیه المصنف أولا بأن صریح تسالم الفقهاء و معاقد إجماعهم خصوصا عباره الغنیه المتأکده بالتصریح بالانتفاء عند الانتفاء هی شرطیه القدره فلا وجه لجعل مانعا عن البیع.

و فیه أنه لا حجیه فی تسالم الأصحاب و إجماعاتهم خصوصا بعد عدم کون هذه التدیقات مغروسا فی أذهان السابقین من أن العجز مانع أو القدره شرط و کذلک صاحب الغنیه فإن بنائهم التعبیر عن اعتبار القدره علی التسلیم فی البیع بعباره و من البعید التفاتهم علی کون القدره شرطا أو اعتبار العجز مانعا.

و بالجمله بعد ما لم یکن هذا الاختلاف موجودا فیهم فلا وجه لدعوی الإجماع علی احد فی الاختلاف علی أن الظاهر من قوله (ص) نهی النبی عن بیع

الغرر هو كون الغرر مانعا عن البيع فإن النهى إرشاد إلى المانعيه أى أنّ البيع الغررى ممنوع و خارج عن تحت العمومات الداله على الصحه و اللزوم.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۵، ص: ۲۷۰

و ذكر المصنف ثانيا أن العجز أمر عدميّ لأنه عدم القدره عمّن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا من ان المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم كان ممنوعا لأجله و يلزم منه انتفائه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۱

فلا وجه لجعل العجز الذى هو الأمر العدمى من قبيل المانع الذى يلزم من وجوده العدم فإنه لا معنى لجعل عدم القدره مانعا الّا لجعل عدم القدره الذى هو وجود القدره شرطا كما لا يخفى.

و فيه أن الأمر العدمى لا يكون مانعا إذا كان يقابل الوجود تقابل السلب و الإيجاب لكونه عدما محضا و غير ممتاز فضلا عن أن يكون مانعا.

و أما العدم الخاص الذى يقابل الوجود تقابل العدم و الملكه فله حظّ من الوجود فيمكن أن يعتبر مانعا مثلا للشارع أن يعتبر العجز مانعا عن صلاه الجماعه و أن يعتبر عدم الجهل الذى يقابل العلم تقابل العدم و الملكه فى صحه الجماعه بأن يكون مانعا عن انعقادها و هكذا و هكذا فما ذكره المصنف من عدم جعل الأمور العدمى مانعا فهو خلط بين العدم الخاص و العدم المطلق فما نحن فيه من قبيل الأول كما صرح به.

على أن المانع هنا غير ما جرى عليه الاصطلاح فى علم المعقول من المانع ما كان يلزم من وجوده العدم فيجعلون الأمور الوجوديه مانعا عن الشى ء و

مؤثره فی عدم تحققه و هذا بخلاف الأحکام الشرعیه فإن المانع فیها ما یعتبر الشی ء مانعا عن الحکم الشرعی سواء کان أمرا وجودیا أم أمرا عدمیّا من غیر أن یکون مؤثرا فی عدم تحقق شی ء أصلا.

و بالجمله لیس المانع هنا هو المانع المصطلح علیه فی علم المعقول و لا الشرط و المقتضی و سائر ما اصطلحوا علیه من اجزاء العلّه جاریا علی مصطلحهم لأن باب المعقول لیس باب التأثیر و التأثر الحقیقی، بل التأثیر فی مجرّد الاعتبار فشابه ذلک لذلک فأطلق علیه ألفاظه فمعنی کون العجز مانعا خروج صوره العجز عن حکم أوفوا کما أن معنی کون القدره شرطا خروج ما عدا صوره القدره عن حکمه کما ذکره المحقق الایروانی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۲

ثم ذکر المصنف ثالثا لو سلّم صحه إطلاق المانع علی العجز لا ثمره فی أن القدره شرط لصحه البیع أو أن العجز مانع عنه و ذلک من جهه أنه أن کانت الحاله السابقه هی القدره و شککنا فی تحقق القدره أو العجز فعلا فنستصحبها و أن کانت الحاله السابقه هو العجز فأیضا نستصحب العجز سواء جعلنا القدره شرطا أو العجز مانعا و إذا شککنا فی أن المراد من العجز ما یعمّ التعسّر أم خصوص التعذر أو المراد من العجز العجز المستمرّ أو العجز فی الجمله فاللازم هو التمسک بعمومات الصحه من غیر فرق بین تسمیه القدره شرطا أو العجز مانعا، ثم ذکر ان التردد بین شرطیّه الشی ء و مانعیته انما یصحّ و یثمر فی الضدین مثل الفسق و العداله لا فما نحن فیه و شبهه کالعلم و الجهل.

ثم ذکر أن الاختلاف الأصحاب فی مقابل مسأله الضال و الضاله فلیس للشک

المالک فی القدره و العجز و مبنيًا على كون القدره شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحه و الفساد، بل بما سيجی ء عند التعرض بحكمها و ذكر حكم ذلك فی مسأله الآبق.

و فيه أنه لا ثمره للنزاع المذكور إذا كان لكل من العجز فقط أو القدره فقط حاله سابقه و أما إذا كان لكل منهما حاله سابقه معا و كان الشک فی التقدم و التأخر أو لم يكن لهما حاله سابقه أصلا و أن كان هذا فرضا غير معقول أو كان و لكن نسبی فإنه حينئذ ان جعلنا القدره شرطا فيكون العقد محكوما بالفساد واقعا لأصاله عدم تحقق الشرط و محكوما بالصحه لأصاله عدم المانع فلا وجه له لأن لا يفرّق بين الصورتين و بالجمله أن شيئا من المذكورات لا يرد على صاحب الجواهر.

نعم يرد على صاحب الجواهر أن أصاله عدم المانع لا دليل عليها و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۳

ليس حجه أصلا إلّا إذا قلنا بقاعده المقتضى و المانع.

فنقول ان مقتضى الصحه فی العقد موجود من الملكيه و العمومات و المانع مفقود فيؤثر المقتضى أثره فلا يكون النهی عن الغرر موجبا لخروج هذا العقد عن تحت العمومات لعدم إحراز المانع و لكنه ذكرنا فی الأصول أنه لا دليل على حجيه قاعده المقتضی و المانع أصلا.

و بالجمله فكما أن الشرط لا- بدّ و ان يحرز فی صحه العقد و كذلك لا بدّ من إحراز عدم المانع لاعتباره فی صحّه العقد كالشرط فأصاله عدم المانع ليس من الأصول المسلمه حتى يحرز بها ذلک إلّا إذا كان لكل منهما حاله سابقه فان مقتضی الاستصحاب حينئذ هو الحكم بالقدره أو العجز أو بعدم

القدره و عدم العجز فعلا بوجودهما الاحرازى و أن الشارع حكم بمقتضى الاستصحاب على ذلک فان هذا الأصل لا محذور فى جريانه فإنه يكفى فى جريان الأصل كونه ذى أثر شرعى سواء كان نفس المستصحب حكما شرعيا أو موضوعا ذى حكم أم لم يكن كما اختاره شيخنا الأنصارى فى الأصول و قوّاه شيخنا الأستاذ و جعلناه موافقا للتحقيق.

نعم هذا مورده فى الوجه الثانى على النحو الذى ذكرناه بناء على مسلک صاحب الكفايه من اشتراط كون المستصحب فى الاستصحاب أما حكما شرعيّا أو موضوعا ذى حكم فلا مطرح للاستصحاب هنا لعدم كونه القدره أو العجز حكما شرعيّا و لا موضوعا للحكم الشرعى، بل اما أن القدره شرط للعقد أو أن العجز مانع عن صحه العقد.

على أنه لا تصل النوبه الى أن القدره شرط أو أن العجز مانع كما هو واضح، بل بحكم ببطلان العقد للغرر المنهى عنه بيان ذلک أنه بناء على صحه الاستدلال بالنبوى نهى النبى (ص) عن بيع الغرر فإنما هو نهى عن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۴

البيع الغررى و البيع الذى فيه خطر و هلاكه و من الواضح جدا أنه مع الجهل بأن البائع يكون قادرا على التسليم أم لا فيكون البيع غرريا أى بيعا فيه احتمال الخطر و الهلاكه فإنک عرفت اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر فبمجرّد احتمال ذلک يكون البيع باطلا لشمول النهى له و خروجه عن تحت العمومات إذ ليس شرط البيع هى القدره الواقعيه أو المانع عنه هو العجز الواقعى، بل الشرط أو المانع هو إحراز القدره أو إحراز العجز كما لا يخفى.

و بالجمله لا بد فى صحه العقد من إحراز أنه ليس فيه خطر و هلاكه

و من الواضح أن احتمال أن البائع لا يقدر على التسليم فيه من الخطر ما لا يخفى فيكون مشمولا للنهى عن الغرر فيكون فاسدا.

نعم، إذا كانت الحاله السابقه هى القدره على التسليم و شككنا فى القدره و العجز فعلا فنستصحب القدره على التسليم ان كانت القدره شرطا أو عدم العجز ان كان العجز مانعا فيه نلغى احتمال الخلاف فكأن الشارع يقول الغى احتمال الخلاف بناء على ما ذهب اليه المصنف فى الأصول و تبعه الأستاذ و اخترناه من أن الشرط لجريان الاستصحاب كون المستصحب ذى أثر شرعى فلا يلزم كونه أى المستصحب ذى حكم أو حكما شرعيّا كما ذهب اليه صاحب الكفايه فإنّ القدره ليست موضوعا للحكم و لا انها بنفسها حكم و انما شرط البيع هو إحراز القدره لا لقدره الواقعيه و لذا يصحّ البيع مع إحراز القدره و ان لم يكن فى الواقع قادرا على التسليم.

و بالجمله فما لم يكن هنا ما يحرز به كون العقد خطريا فيحكم بفساده لا طلاق نهى النبى عن بيع الغررى بناء على تماميته و الّا فلا- و مع ذلك لا- تصل النوبه الى أن مقتضى القاعده فى صوره الشك فى كون القدره شرطا أو العجز مانعا مع عدم الحاله السابقه لكل منهما أى شى ء كما هو واضح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۵

ثم انه إذا شككنا فى أن القدره على التسليم شرط للبيع أو العجز عنه مانع عنه و شككنا أيضا فى أنا قادرين على ذلك أو غير قادرين فتاره بكون الشك فى الشبهه الحكميه و المفهوميه و اخرى يكون الشك فى الشبهه المصداقيه.

أما الأول: فكما إذا شككنا أن القدره المعتبره فى تسليم العوضين هى القدره

العقلیه أو الشرعیه أو العرفیه أو الأعم و انه لا بد من العلم بالقدره علی التسلیم أو یکفی مجرد احتمال القدره علیه من جمیعها، ففی الحقیقه یرجع الشک إلی سعه مفهوم القدره المعتبره هنا و ضیقه فیکون من صغریات الأقل، و الأکثر، فنأخذ القدر المتیقن و نجری البراءه من الزائد عنه کما قرّر فی محله.

و أما إذا کانت الشبهه مصداقیه بأن کان الشک فی کون کل من المبتاعین قادرا علی التسلیم أو غیر قادر علیه، فح تختلف الحال بالنسبه الی ذلک باختلاف دلیل اعتبار القدره علی التسلیم بیان ذلک إذا کان دلیل الشرط المذکور النبوی المعروف نهی النبی (ص) عن بیع الغرر، فح لا توجه شبهه مصداقیه فی المقام أصلا، فإن مبنی الاستدلال به انما هو أخذ الغرر بمعنی الخطر و من الواضح جدا أن الخطر یتحقق بمجرد الاحتمال و أن البائع أو المشتری لا یقدر علی التسلیم إذ الخطر هو الهلاک بمعنی خوف عدم وصول کل من العوضین إلی الأخر لا الهلاک بمعنی الانعدام و هذا لا معنی للشبهه المصداقیه أصلا، فإن کل من المتعاملین یری نفسه بأنه بأی کیفیه و حاله فإنه ان کان جازما علی کونه قادرا علی التسلیم فالشرط متحقق و ان کان مترددا فی ذلک و محتملا أنه یقدر فلا تحقق للشرط فان الشرط لیس هو التمکن الواقعی، بل إحراز القدره.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۶

و بعباره أخری قد عرفت أن ما هو شرط للبیع لیس إلّا إحراز القدره و لو کان العجز مانعا فإنما هو إحراز العجز و احتماله و أن موضوع الحکم إثباتا و نفیا هو الوصف النفسانی دون الأمر الواقعی التکوینی و علیه فلا یعقل مورد

يشـك فبه أن الشـرط أو المـانع موجود أم لاـ بـل لاـ بـد و أن لاـ يلاحظ كل من المتبايعين ما فى صـقع نفسـهما من الأوصاف النفسانيه فإن كان كل منهما جازما على القدره على التسـليم فالشرط و عدم عجزهما عن ذلك فالشرط متحقق أو المانع مرتفع و ان كانا متردّين فى ذلك و محتملين عدم القدره على التسليم، فالشرط منتف أو المانع مفقود.

و على هـذا فلا يفيـد جريان الاستصـحاب إذا كان الحاله السابقه هى القدره بحيث يحرز به وجود القدره و كان يلغى به احتمال عـدم القـدره على التسـليم كما يلغى به احتمال الخلاف فى سائر الموارد بحيث كان الشارع يقول الغى احتمال الخلاف و ذلك من جهه أن المستصـحب عباره عن القـدره السابقه و الخطر انما يتحقق بمجرد احتمال عـدم القـدره على التسـليم، و خوف عدم وصول العوضين الى المتباينين و من الواضح جدا أن استصحاب القدره لا يثبت وصول العوضين بيد المتبايعين و لا يلغى احتمال عدم القدره على التسليم الذى موجود بالفعل وجدانا الا على القول بالأصل المثبت و بالملازمه العقليه فهو كما ترى.

نعم لو قامت البينه على ذلك و أن كل منهما قادرين على التسـليم فيرتفع بها احتمال عـدم القـدره على التسـليم تعبدا لكونها من الامارات فهى كما تتكفل على إثبات المعنى المطابقى فككك تتكفل أيضا على إثبات اللوازم كما حقّق فى محلّه.

و دعوى أن الوصف النفسانى أعنى احتمال عدم القدره على التسليم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۷

الـذى به قوام الغرر موجود فى المتبـايعين تكوينـا و الامـاره لاـ يرفعه فلاـ يفرق فيما ذكر بين الاماره و الاستصـحاب فإنها دعوى جزافيه فإن الاماره و ان لم ترفعها تكوينا و لكن

ترفعها تشريعا و تعبّدا فهل يتوهّم أحد أنه مع قيام الاماره أن موضوع البراءه هو الشك فتجرى فى مقابلها فان ما نحن فيه أيضا نظير ذلک، فان كلها ناظره إلى الأحكام الظاهريه دون الواقعيه.

و بالجمله مع كون دليل الشرط هو النبوى فلا نعقل موردا للشبهه المصداقيه بوجه من الوجوه كما لا يخفى.

و أما إذا كان المدرک قوله (ص) لا تبع ما ليس عندک، فان الكلام ح فى الشبهات المفهوميه هو الكلام الذى تقدم من ان المقام من موارد دوران الأمر بين الأقل و الأكثر فنأخذ المقدار المتيقن فنجرى البراءه فى الزائد و أما الشبهه المصداقيه فتحقق على هذا فان معنى كون المال عنده أو ليس عنده و ان كان واضحا على مسلكنا كما تقدم من كون ظهور عباره عن الملكيه دون الأعم منه و من القدره على التسليم و لكن مع التنزيل عن ذلک و أخذ العند بمعنى السلطنه على التسليم، و عليه فيمكن أن يشک الإنسان فى ملكه أنه عنده أو ليس عنده، كما إذا تولّد فرسه أو غنمه أو غيرهما من الحيوانات المملوكه له فى غير بلده، و شکّ فى أنه هل هو قادر على تسليمه أولا، لاحتمال كون طريقه أى طريق ذلک البلد مسدودا و هكذا و هكذا، ففى هذه الموارد أما التمسک بالعمومات الداله على صحه المعامله فلا يجوز لعدم جواز التمسک بالعام فى الشبهه المصداقيه.

بل، نقول انه تاره يكون لهذا الفرد المشكوک حاله سابقه معلومه بأن كان قبل زمان قادرا على التسليم أو عاجزا عنه فبناء على كون القدره شرطا فيستصحب القدره على التسليم، فبناء على كون العجز مانعا فيستصحب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۸

عدم العجز، و مع

كون الحاله السابقه هو العجز فاما يستصحب عدم القدره ان كانت هى شرطا أو يستصحب عدم العجز أن كان هو مانعا فلا يرد على هذا، ما تقدم من الإشكال فى جريان الأصل من كونه مثبتا فان عنوان عدم السلطنه على التسليم و إيصال العوضين تحت يد كل من المتبايعين أمر مستصحب، فيمكن إثباته بالاستصحاب كما لا يخفى، فيحرز به أنه قادر على التسليم، و كذا الحال لو قامت البيّنه على القدره على التسليم.

و أما إذا لم تقم البيّنه على ذلك أو كان لكل من القدره و العجز حاله سابقه و لكن اشتبه كل منهما على الآخر و لم يعلم السابق منهما أو لم يكن لشى ء منهما حاله سابقه فهل يمكن الالتزام بصحه البيع هنا أو لا يمكن.

فنقول اما إذا كان لكل منهما حاله سابقه فاشتبها فلا شبهه فى تعارض الأصلين و تساقطهما فيحكم بالفساد لعدم جواز التمسك بالعموم لان الفرض أن المورد من الشبهات المصداقيه فلا يجوز التمسك بالعام فى الشبهات المصداقيه.

و أما إذا لم تكن لهما حاله سابقه كما إذا تولد للبائع حيوان فلا يدرى أنه قادر على التسليم أو غير قادر عليه أو مات أبوه فانتقل المال اليه و قد باع متاع من فلان فلا يدر الوارث أنه كان قادرا على التسليم أو لم يكن أو باع نفسه شيئا و نسى أنه حين البيع كان قادرا عليه أو لم يكن ففى جميع ذلك بعد الفراغ عن تحقيق معنى القدره على التسليم و مفهومه بحيث لا ـ يشك فى المفهوم و لا يرجع الشك إليه بأنه هل تصدق القدره على احتمال القدره على التسليم أو لا، و هكذا.

فنقول: انا قد ذكرنا فى الأصول الضابطه الكليه

فی دوران الأمر بین شرطیّه أحد الضدین و مانعیه الأخر کما إذا شککنا أن العداله شرط

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۷۹

للجماعه أو الفسق مانع عنها و هکذا فی الموارد الأخر و کما إذا شککنا أیضا أن العداله شرط لوجوب إکرام العلماء أو الفسق مانع عنه مع عدم الحاله السابقه فیهما فهل الضابطه هنا هو إجراء أصاله عدم العداله و منع تحقق الشرط أو إجراء أصاله عدم الضد الآخر و تفرّع عدم المانع علیه، فثمره نزاع کون أحد الضدین شرطا أو کون الأخر مانعا هو ذلک فبناء علی کون أحد هما شرطا ففی المثال بأن تکون العداله شرطا للکلام و الجماعه فبأصاله تحقق الشرط أو بأصاله البراءه عن الواجب مع الشک فی الشرط فنحکم بعدم الوجوب و بفساد المشروط.

و أما لو کان الضد الأخر مانعا و ان لم یکن لأصاله عدم المانع أساس صحیح الّا ما ذکرناه من قاعده المقتضی و المانع و لکن ذکرنا فی محلّه أنه یمکن نفی الضد الآخر بالعدم الأزلی بناء علی جریانه کما هو الحق، ففی المثال المتقدم أن کونه عالما محرز بالوجدان فعدم کونه فاسقا زمان نحرزه بالأصل فلیتم الموضوع المرکب من الوجدان و الأصل فیترتب علیه الحکم و لکن الأصل النافی للضدّ الآخر هو العدم المحمولی لعدم وجود الفسق دون العدم الأزلی نعم فی مثل القرشیّه و نحوها تجری أصاله عدم الأزلی.

و بالجمله قد حققنا فی محلّه أن الضابطه فی ذلک هو نفی الضد الآخر اما بأصاله العدم المحمولی أو بأصاله العدم الأزلی فیحکم بصحه العمل الذی قد اعتبر ذلک الضدّ فیه من حیث العدم.

و لکن لا یجری ذلک فی المقام و ذلک لأنا إذا شککنا فی

أن البائع قادر أو عاجز يستصحب عجزه السابق مثلا و أما العدم المحمولی الذی يشكّ فی استمراره فی أول وجود المعروض كالقرشيه و مخالفه الشرط للكتاب و نحو ذلك فالاستصحاب غير جار الّا بمفاد ليس التامه و لا أثر له لكونه مثبتا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۰

لإحراز النعتيه.

و بالجمله ففی تقابل العدم و الملكه الذی من صغرياته ما نحن فيه لما عرفت من كونه التقابل بين القدره و العجز هو تقابل العدم و الملكه غايه الأمر ان العدم هو الذی من شأنه الوجود و ليس له رائحه الوجوديه أزيد من ذلك لا يجری هذا الضابطه و النزاع المذكور، بل لا بد من الالتزام بشرطيه القدره فيكون البيع ح فاسدا و ذلك لان العجز أمر عدمی غير قابل لأن يكون مانعا إذا المانع هو الأمر الوجودی الذی يمنع عن تأثير المقتضی و العدم ليس له ذلك فلا يمكن إجراء أصاله عدم العجز و رفع المانع بذلك الأصل، بل العجز ليس الّا عدما الذی هو مفاد الأصل فليس مفاد الأصل أزيد من ذلك.

نعم لو ترتب على هذا الأمر العدمی عنوان بسيط و كان العنوان البسيط المنتزع من ذلك الأمر العدمی موضوعا للحكم لجری هذا الأصل أيضا كالعمی إذ ليس هو صرف عدم البصر بل هو عنوان بسيط فيكون بذلك العنوان موضوعا للحكم فيمكن نفی ذلك العنوان الذی هو نحو من الوجود بأصاله العدم الأزلی.

و لكن هذا أيضا لا- يجری فی المقام إذ لا- دليل على كون العجز مانعا عن البيع الّا قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك كما هو المفروض و من الواضح أن عنوان ما ليس عندك ليس إلّا أمرا عدميّا غايه الأمر

عـدما من شأنه الوجود أی عـدم ملکه فهو بنفسه مانع عن البیع لکونه مأخوذا فی لسان الدلیل لا عنوان آخر بسـیط منتزع عنه فإذا لیس مفاد الأصل إلّا نفی عنوان ما لیس عنـدک الـذی هو عـدم فلا یوجب ذلک رفع عنوان بسـیط حتی یقال أنّ الأصل أوجب رفع الضدّ الأخر الذی کان مانعا کما لا یخفی.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۱

و بـالجمله فلا دلیل یـدل علی کون العنوان البسـیط المنتزع من العجز و من عنوان ما لیس عنـدک موضوعا للحکم حتی باعتباره تجری الضابطه المذکوره فی المقام فافهم.

قوله: ثم ان العبره فی الشّرط المذکور انما هو زمان استحقاق التسلیم

اشاره

أقول: قد عرفت أن المدرک لاعتبار القدره علی التسـلیم قوله (ص) نهی النبی (ص) عن بیع الغرر بناء علی کونه بمعنی الخطر و قوله (ص) لا تبع ما لیس عندک، بناء علی تفسیره بمعنی عدم السلطه علی التصرف و التسلیم

و أنما یتوقف الاستدلال بهما علی المقصود علی مقدمات ثلاث:

المقدمه الاولی: أن یکون المتعاملین مالکین علی المبیع و الثمن

و غیر المالک لیس مخاطبا بهذا الخطاب کالفضولی و نحوه فلا یشملان لغیره بل لخصوص المالک.

المقدمه الثانیه: أن یکون الغرر فعلیا

فان ففعلیه الحکم بفعلیه الموضوع فالغرر الشأنی لا یکون مؤثرا فی بطلان العقد.

المقدمه الثالثه: أن یکون مخاطبا بالتسلیم و مأمورا به

و فیما لیس أمر بالتسلیم فلا مورد للنبویین.

و یتفرّع علی ذلک فروع مهمه:-

الفرع الأول: أنه لو کان المبیع تحت ید المشتری و لم یقدر البائع علی أخذه منه و لا علی التصرف منه

و لکن یقبـل الغـاصب بیعه منه فیجوز أن یبیعه فلاـ یعتبر التسـلیم هنا فان اعتبار القـدره هنا لیس من باب الموضوعیه بل من جهه الطریقیه و وصول العوضـین الی المتعـاملین و من المعلوم أن المثمن هنا تحت سـلطه المشتری فاعتبار التسـلیم تحصـیل للحاصـل

لكونه موجودا عنده فلا يشمل النبويان على ذلك.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۲

أما دليل نفى الغرر فمن جهه أنه ليس هنا خطر بوجه لوجود المبيع تحت يـد المشترى فأى خطر هنا فإنه لو كان انما هو من جهه الجهل بوصوله إلى المشترى فالمفروض أنه حاصل عنده و اعتباره ثانيا تحصيل للحاصل.

و أمـا النهى عن بيع مـا ليس عنـده فقـد عرفت أن كونه دليلا لهـذا الشـرط من جهه كون العنـد بمعنى السـلطنه على التصـرف و التسليم و من الواضح أنه يعتبر فيما من شأنه أن يسلّم إلى المشترى.

و أما فيما لا يلزم التسـليم فيه فلا مثلا لو قال المولى لعبده لا تشتر من السوق ما لا تقدر على حمله فان مناسبه الحكم و الموضوع تقتضـى أن مـا يلزم حمله الى البيت منهى عنه شـرائه فلا يعم ما لا يحمل على البيت فلا يمكن أن يقال أنه لا يجوز للعبـد اشتراء العقار و مال التجاره و غيرهما مما لا يلزم حملها على البيت بمجرّد النهى المذكور، بل لو كان هنا عموم نتمسک به كما إذا أمره بالمعامله و البيع و الشراء قبل النهى المذكور.

ففى المقام أن مناسـبه الحكم و الموضوع يقتضى أن النهى عن بيع ما ليس عنده من جهه عدم القدره على التسليم و فيما لا يعتبر فيه التسليم حتى لو لم يكن هذا

النهى أيضا فلا يشمله ذلک، بل يتمسک بعمومات صحه البيع.

الفرع الثانى: ان بيع العبد الآبق ممن ينعتق الآبق ممن ينعتق عليه خارج عما نحن فيه فلا يعتبر فيه القدره على التسليم

فإنه ينعتق بمجرّد البيع فلا يبقى مجال للتسليم فليس هذا البيع بغررى ليبطل و لا من قبيل بيع ما ليس عنده لما عرفت أن المراد من ذلک ما يكون التسليم معتبرا فيه و لا مجال هنا لاعتبار التسليم لانصراف النبوى عن مثل ذلک، فإنه سواء كان هنا ما يدل على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۳

اعتبار التسليم أم لم يكن فالتسليم غير معتبر هنا.

و ربما يقال بكون بيع العبد ممن ينعتق عليه باطلا لتحقق الغرر و عدم كون البائع قادرا على التسليم المعتبر فى البيع فيكون من قبيل بيع ما ليس عنده أيضا، فإن اعتبار الشارع حريه المبيع و كونه منعتقا بمجرد البيع خارج عن ما نحن فيه، بل لا بدّ أن نلاحظ المبيع مع قطع النظر عن حكم الشارع و من الواضح جدا أن هذا البيع أى بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه مع قطع النظر عن حكم الشارع بانعتاقه بيع خطرى غررى و من بيع ما ليس عنده فلا يصحّ ذلک أيضا.

و فيه أنه ليس هنا غرر بالفعل الذى هو موضوع الحكم فعلا فان هذه القضيه أى قضيه نهى النبى (ص) عن بيع الغرر قضيّه حقيقه منحله إلى قضايا متعدّده أى كلما تحقق غرر فيكون البيع باطلا- ففى المقام أن البيع غير غررى ففرضه بأنه لو لا حكم الشارع بالانعتاق فيكون البيع غرريا أجنبى عن المقام لأنه غرر شأنى فالغرر الشأنى ليس موضوعا للحكم أما قوله (ص) لا تبع ما ليس عندک، فقد عرفت أنه لا يحتاج ذلک الى التسليم فعلا فلا وجه لملاحظته بأنه لو لم يكن حكم الشارع بالانعتاق لكان

من قبيل بيع ما ليس عنده كما هو واضح.

و بالجمله أن كلا النبويين لا يشملان بيع العبد الآبق ممن ينعتق عليه أما النهى عن بيع الغرر فلعدم الغرر الفعلى فيكون النهى منتفيا لكونه تابعا لفعليه الموضوع بحسب القضيه الحقيقيه فلا غرر فعليّ فى بيع العبد نعم فالغرر شأنى مع قطع النظر عن حكم الشارع و لكنه ليس موضوعا.

و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فقد عرفت عدم اعتبار التسليم هنا مع قطع النظر عن هذا النهى أيضا فإن القدر على التسليم ليست لها موضوعيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۴

فى الحكم و انما هى معتبره من باب الطريقيه إلى التسليم و وصول المبيع إلى المشترى و الثمن إلى البائع و من الواضح أن هذا فيما كان للتسليم فائده فليس له فائده هنا بوجه حتى يجبر عليه.

و من هنا ظهر حكم الفرع الثالث أيضا و هو ما لم يستحق التسليم بمجرّد العقد لاشتراط تأخيره مدّه

فإنه أي البائع و كذا المشترى فيما إذا اشترط تأخير الثمن ليس مخاطبا بالتسليم قبل حلول الوقت و ليس فيه غرر بوجه و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده و الّا للزم بطلان البيع الغائب لوجود الجهل فيه أو بيع من كان جاهلا بأحكام البيع لان مجرد وجود الجهل من دون كونه منجرا الى الغرر لا يوجب البطلان فإن الأكثر و الغالب فيه تأخير التسليم و مع ذلك لم يستشكل أحد فى ذلك.

ثم ان المصنّف قد رتّب على ذلك صحّه بيع الفضولى بدعوى عدم استحقاق التسليم فيه الا بعد اجازه المالك فلا يعتبر القدره على التسليم قبلها ثم استشكل فى ذلك على الكشف من حيث انه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبه إليه إذا انتقل اليه ما لم يقدر على تحصيله.

ثم قال: نعم هو

حسن فى الفضولى من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل اجازه المرتهن أو فكه.

أقول: لا وجه لما ذكره من أصل ترتب الفضولى على ما نحن فيه و لا للإشكال فيه فيما إذا قلنا بالكشف محل.

أما أصل الترتّب فلخروج الفضولى عن محل الكلام بالمره لأنه فضولى محض فأجنبى عن طرف العقد، بل ليس له الّا إيجاد المعامله، و بعده جميع الخصوصيات راجعه إلى المالكين أو الوكيلين أو الوليّين من حيث التسليم و التسلّم و الإجازه و الرد فلا مجال لإبطال البيع هنا من جهه النهى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۵

عن الغرر و لا من جهه بيع ما ليس عنده و الّا كان من الأول أن يحكم ببطلان الفضولى من جهه كونه من قبيل بيع ما ليس عنده، و السر فى ذلك هو أنه ليس بائعا حقيقيّا و لا مشتريا حقيقيّا حتى يخاطب بخطاب النهى عن بيع ما ليس عنده لما ذكرنا من جمله شرائط التمسك به أن يكون مالكا للمبيع فالفضولى ليس بمالك للعوضين فلا يكون داخلا لما نحن فيه بوجه.

و أما الإشكال فقد عرفت خروج الفضولى عن محل الكلام و أما بالنسبه إلى الأصيل فان اجازه الأخر الذى كان البيع فضوليّا من قبله فلا شبهه فى صحّه البيع و عدم كونه غرريا و من قبيل بيع ما ليس عنده و ان لم يجز الآخر البيع فيكون فاسدا فلا محلّ أيضا للتمسك بالنبويين فان بطلانه مستند الى عدم الإجازه لا إلى غرريه البيع و كونه من بيع ما ليس عنده.

و أما ما ذكره بقوله و مثله بيع الرهن قبل اجازه المرتهن أو فكه.

ففيه أنه قد ذكرنا سابقا أنه ان عمّمنا العجز الى العجز الشرعى

فيكون ذلک خارجا عن بيع الغررى عن تحت النبويين بالتخصيص بأنه أى الراهن مالک للعين و مخاطب بالتسليم و الغرر فعلىّ و مع ذلک عاجز عن التسليم فمقتضى القاعده هو بطلان البيع و لكن خرجنا عنها بدليل الخاص و هو و ان لم يكن موجودا بعنوان خاص و لكن استفدنا بطلانه من الأخبار الوارده فى نكاح العبد معلّلا بأنه لم يعص اللّه و انما عصى سيّده بدعوى عدم الخصوصيه لبيع العبد، بل الغرض أن عصيان الغير فى حقه إذا لم يستلزم عصيان الخالق لا يوجب البطلان.

و أما إذا لم نعمّم العجز الى العجز الشرعى فلا شبهه فى صحه بيع الراهن لعدم كونه خطريّا ليشمله قوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر غايه الأمر يكون للمشترى خيار الفسخ و لا أنه من قبيل بيع ما ليس عنده ليشمله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۶

النبوى الأخر نهى النبىّ (ص) عن بيع ما ليس عنده لكونه فى الخارج قادرا على التسليم.

و بالجمله فعلى كل تقدير سواء كان بيع الراهن مشمولا للنبويين أو غير مشمول فلا مجال للإشكال به على ما نحن فيه و إخراجه عن المقام كالفضولى، ثم انه ظهر مما ذكرناه حكم عقد الرهن.

فإنه بعد حصول التسليم لا موضوع لوجوبه و قبله لا عقد فإن الإقباض و التسلّم فى هذا العقد من الشرائط فبتحققها لا غرر و لا بيع ما ليس عنده و بعدم تحققها تفسد المعامله فلا موضوع للغرر.

انتهى كلامنا الى كون التسليم شرطا و مقوّما للبيع فنقول ذكر المصنف أن القبض و التسليم فى بيع الصرف و السلم من شروط تأثير العقد لا من أحكامه فلا يلزم الغرر و لو تعذر الشرط بعد العقد

رجع ذلک الى تعذر الشرط فلا يلزم منه البطلان حتى مع العلم بالتعذر إذ لا يلزم إحراز الشروط المتأخره و العلم بتحققها.

و الوجه فى ذلک ما أفاده من أن القبض هنا مثل الإجازه فى العقد الفضولى على النقل من حيث عدم تمام النقل إلّا بالإجازه فکک لا يتم العقد هنا الّا بالقبض أو من النقل بناء على الكشف فإن الإجازه إذا كانت جزء الناقل فى العقد الفضولى مع حصول النقل من حين العقد فالقبض أولى بأن يكون جزء للناقل إذ لم يقل أحد بكون القبض كاشفا فى بيع الصرف و السّلم.

و بالجمله فالاعتبار على القدره على التسليم بعد تماميه العقد لا فيما لم يتم، و لهذا لم يعتبرها أحد فى الموجب قبل لحوق القبول به و لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدره بعده و فى المقام أيضا إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۷

حصل المبيع فى يد المشترى صح البيع بلا شبهه ثم قال و کک الكلام فى عقد الرهن فان اشتراط القدره على التسليم فيه بنا على اشتراط القبض انما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحققه بعده فلو رهن فيتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله فى يد المرتهن اثر العقد أثره.

و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حاصل كلامه بأنه لا فرق بين عقد الصرف و السلم و الرهن و سائر العقود لأن القبض و ان كان شرطا فى هذه العقود الثلاثه دون غيرها الّا أنه ليس جزء للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول كما ذكره المصنف و انما هو شرط للملكيه فى باب الصرف و السلم و أما الإلزام و الالتزام

العقدی فقد تحقق بنفس العقد و لذا اختار المشهور وجوب التقابض كما سيأتی فی خيار المجلس.

ثم ذكر فی صدر كلامه بما حاصله من أنه لا وجه لقياس الصرف و السلم و عقد الرهن و غيرها مما يشترط فيه تأخير التسليم بالعقد الفضولی فإن اشتراط تأخير الثمن مده معيّنه بحيث لا يجب التسليم مده مع تماميه أركان العقد من جهه الاشتراط فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانيه و هذا بخلاف العقد الفضولی فإنّ التسليم لا يجب لا للفضولی و لا لغيره، أما للفضولی لعدم ارتباط العقد به كما ذكرناه من أن شرط وجوب التسليم انما كونه مالكا فالفضولی غير مخاطب بالتسليم و أما المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الإجازه فلا وجه لقياس الإجازه بالقبض و نحوه و محصّل كلامه يرجع الى المطلبين.

أحدهما: إنكار قياس الإجازه فی الفضولی بمسأله القبض إذ القبض فی العقود الثلاثه من الشرائط و الإجازه من الأسباب المقومه قبل تماميه أركان العقد، و الثانی وجوب التقابض، ثم ذكر نعم لو كان القبض جزء للعقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۸

كما هو المحتمل فی عقد الرهن فالعجز عن التسليم لا أثر له، لانه بعد حصول التسليم لا اثر له و قبله لا عقد.

أقول: أما ما افاده من عدم صحه قياس الإجازه بالقبض فمتين جدا لما عرفت من أن القدره على التسليم ليست معتبره فی العقد الفضولی أما بالنسبه إلى الفضولی فلكونه أجنبيا عن العقد و أما بالنسبه إلى الأصيل فلعدم تحقق العقد و تماميته الّا بعد الإجازه لكونها جزء مقوّما للعقد و الفرض ان الإجازه لم تتحقق بعد العقد و هذا بخلاف ما يعتبر فيه القبض فان العقد أی الإلزام و الالتزام قد

تم من المتعاقدين، و انما القبض من شرائط الملكيّه فی الصرف و السلم فهذا كله لا شبهه فيه.

و أما ما افاده من كون القبض واجبا فی بيع الصرف و السلم فلا يمكن المساعده عليه فما أفاده المصنف بحسب المدعی صحيح و لكن مـا أفـاده من دليله من قياس القبض بالإجازه ليس بصـحيح، كما عرفت، بل الوجه فی عـدم وجوب التسـليم و القبض فی الصرف و السلم هو أن دليل وجوب القبض أما الملكيه الحاصله بالعقد كما يقوله الأكثر أو الأمر بوجوب الوفاء بالعقد.

أمـا الأـول فهی مشـروطه بـالقبض و الإقباض فما لم يحصل التقابض لم يحصل الملكيه فضـلا عن أن يجب الإقباض لكونه ملكا للغير فلا يكون محكوما بوجوب الدفع ما لم يتم شرط الملكيّه كما لا يخفی.

و أمـا وجوب الوفاء بالعقـد ففيه أولا: أنه يجب الوفاء بالعقـد فی غير العقود الفاسـده، أی العقود التی حصـلت شـرائط الصـحه و أمضاه الشارع و أما فيما كانت فاسـده فلا وجه للتمسک به فبيع الصـرف و السـلم مع قطع النظر عن القبض ليس بصـحيح فكيف يجوز التمسک بأوفوا بالعقود.

و أما ثانيا: ان دليل الوفاء انما بوجوب لزوم العقد لكونه إرشادا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۸۹

إلی أنه لاـ ينحـل و أمـا وجوب التسـليم فهو من الأحكـام المترتبه عليه، بعـد تحقق العقـد فلاـ يمكن إثباته بأوفوا بالعقود كما لا يخفی، و هذا واضح جدا و العجب من شـيخنا الأسـتاذ حيث اسـتدل علی وجوب القبض بقوله (عليه السلام) إذا نری الحائط فانز معه و ذلـک فـإنه نـاظر الی أن بقـاء البيع مشـروط بعـدم التفرق و بتحقق القبض و الإقبـاض فلا دلاله فيها علی الوجوب و إيجاد موضوع وجوب الوفاء بالعقد

و إيجـاد موضوع الملكيه كما لا يخفى، بحيث أنه إذا أراد البائع ان يمشـى يجب للمشترى أيضا ذلك مثلا إذا كان احـد الطرف فى معامله الصرف و السلم المجتهد فنزى البائع الحائط فلا بد أن ينز آيه اللّه على الحائط.

و بـالجمله أن العقود الثلاـثه الصـرف و السـلم و الرهن، فالقبض فيها من الشـرائط فإن تحقق تم العقـد فلا غرر بوجه لعـدم كون المعامله بعـد القبض و الإقباض خطريه و لا من بيع ما ليس عنـده، و ان لم يحصل القبض و الإقباض فأيضا ليس هنا غرر و بيع ما ليس عنده لفساد المعامله بعدم تحقق القبض.

قوله: ثم ان الخلاف فى أصل المسأله لم يظهر الّا من الفاضل القطيفى.

أقول: هو المعاصـر للمحقق الثانى، و قد حكى عنه أنه قال فى إيضاح النافع أن القدره على التسـليم من مصالح المشترى فقط، لا أنها شـرط فى أصل صـحه البيع فلو قدر على التسليم صحّ البيع و ان لم يكن البائع قادرا عليه، بل لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البـائع من التسـليم جـاز و ينتقل اليه و لا يرجع على البائع لعـدم القـدره، نعم إذا لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم يصح المعاوضه عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل المال بالباطل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۰

أقول: هـذا الفاضـل و ان أجـاد فى أصـل المسأله لما ذكرنا من عـدم الـدليل على اعتبار القـدره على التسـليم فى البيع، و لكن لا يمكن المساعده عليه فى الكبرى الكليه التى أفادها من أنّ المشترى لو رضى بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز ذلك، لأن هـذه الكبرى منقوضه ببيع العبـد الآبق مع الضـميمه حيث ورد النص بعدم صـحه بيعه بدون الضـميمه حتى مع رضائه المشترى، بل

يحكم ببطلانه كما لا يخفى.

قوله: ثم ان الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدره على التسليم ليست مقصوده بالاشتراط الّا بالتبع.

أقول: قد عرفت فيما تقدم أن القدره بما هى لست لها موضوعيه، بل الغرض من اشتراطها فى البيع بناء على وصول العوضين الى المتبايعين و على هذا فلو قدر المشترى على التسليم دون البائع كفى فى الصحه كما هو المشهور مثلا لو وقع عباء أحد فى الكوفه على الشط فهو لا يقدر على السباحه و باعه من شخص يقدر عليها بأنه ح صحّ البيع لحصول الغرض فلا يضرّ عدم قدره البائع على السباحه و كك لو لم يقدر كل من المتبايعين على التسليم و التسلّم و لكن يوثق بحصوله فى يد المشترى للاطمئنان عليه، كالطيور التى تذهب صباحا و ترجع مساء فإن العاده قاضيه برجوعها و أن لم يقدر المتبايعين على الأخذ بدون الرجوع.

و عن نهايه الاحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدره فى الحال على التسليم فان عود الطائر غير موثوق به لعدم العقل له ليبعثه على الرجوع.

و فيه أولا: أنه لو كان له عقل لما رجع الى الحبس أصلا فعدم العقل باعثه الى الرجوع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۱

و ثانيا: أنه لا وجه لبطلان بيعه حتى مع اعتبار القدره على التسليم فان دليل الاشتراط انما هو نهى النبى عن بيع الغرر و قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك فكلا الوجهين لا يشملان المورد أما النهى عن بيع الغرر فلانه لا خطر فى المقام، فإنه انما يتحقق مع عدم بذل العوض أو المعوض بحيث يذهب مال أحدهما هدرا و ليس كك هنا فإنه يطمئن بالرجوع فان رجع فيأخذ المثمن و ان لم يرجع فيأخذ الثمن و فسد البيع فأى خطر يتوجه على المعامله.

و أما قوله (ص) لا تبع

ما ليس عندك، أى لا- تقدر على التسلط منه بناء على كون العند بمعنى الجامع دون الملكيه فلعدم صدقه هنا أيضا فإنه مع الاطمئنان بالرجوع لا يصدق أنه من موارد بيع ما ليس عنده و الّا لما صحّ بيع الغائب أصلا.

ثم لو تعذر التسليم و التسلّم الّا بعد مده فإن كانت هذه المده مما يتسامح فيها كساعه أو ساعتين أو يوم أو يومين فلا إشكال فى الصحه كما إذا باع جوهرا و كان فى صندوق مقفّل و كان المفتاح عند شخص لا يحضر الّا بعد ساعه أو يوم و نحوهما، فان هذه المده مما يتسامح عرفا فلا يصدق على هذه المعامله انها غرريه لعدم الخطر هنا بوجه بحيث يذهب مال المشترى هدرا و صار معدوما، بل يحصل له بعد مده قليله، و الفرض أنهما عالمان بخصوصيات العوضين لئلا يكون جهل من جهه أخرى.

و ككك ليس هذا من قبيل بيع ما لا يتسلّط على تسليمه لأن الفرض أنه قادر عليه كما لا يخفى و النبوى ينصرف عن مثل ذلك.

و لو تعذر التسليم بناء على كونه شرط فى البيع الّا بعد مده لا يتسامح فيها كسنه أو أزيد فهى على قسمين، الأول: أن يكون المده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۲

مضبوطه و مقدّره و الثانى أن لا تكون مضبوطه.

أما الأول: فتاره يكون المتبايعان عالمين بالحال و أخرى يكونان جاهلين بالحال فعلى الأول فجعل المصنف فيه وجهان و لم يبيّن ما هو الأقوى فى نظره، و لكن الظاهر هو الصحه بناء على اعتبار القدره على التسليم فى البيع و ذلك لأن دليل الاعتبار اما دليل نفى الغرر فى البيع فهو لا يشمل المقام فإنه بمعنى الخطر و

الخطر بمعنى احتمال الهاكه ففى صوره العلم بالواقع و التعذّر إلى مده معيّنه كقدوم الحاج و نحوه فلا خطر بوجه إذ هو متقوم بالجهل و الغفله على ما ذكره المصنف و المشترى إنما أقدم عليه مع العلم بالحال فأى خطر هنا و أما النهى عن بيع ما ليس عنده فلانه مع العلم أقدم عليه فالمقام فى قوه اشتراط تأخير التسليم لفرض علم المتبايعين بالحال و مع ذلك فلا يكون عدم القدره على التسليم الى المده المضبوطه مضرا فى البيع كما لا يضرّ مع اشتراط التأخير كما لا يخفى.

و بالجمله أن البيع هنا صحيح بلا شبهه و أما فى صوره الجهل بالمده المذكوره فذكر المصنف صحّه البيع مع الخيار للمشترى لفوات منفعه العين فى المده المذكوره.

و لكن الظاهر هو عدم الصحه و ذلك فان كلا الدليلين أى النبويين شاملان للمقام أما النبوى الأول فلتحقق الغرر أى الخطر فان عدم وصول المبيع مثلا إلى المشترى فى هذه المده و انتفاء المنافع كسنه خطر على المشترى فيكون من أوضح موارد بيع الغرر فيفسد بناء على اعتبار الشرط و كون النبوى دليلا فى المقام و أما النبوى الثانى فلان البائع غير مسلط على التسليم فى هذه المدّه فيكون هو أيضا شاملا للمورد و لا يقاس ذلك بصوره العلم فإنه و ان كان أيضا غير قادر على التسليم فى المده و لكنه قلنا

بخروجه عن تحته من جهه كونه فى قوه الاشتراط أى اشتراط تأخير المثمن فلا يضرّ بالصحه و هذا بخلاف المقام.

و على هذا فلا وجه لما زعمه المصنف من كون المعامله فى صوره الجهل صحيحه مع كون المشترى على خيار فيه.

و من

هنا ظهر حكم صوره كون المده مجهوله و غير مضبوطه و هذا كبيع العبد المنفذ الى هند لقضاء حاجه لا يعلم وقت رجوعه فلا وجه لما ذكره المصنف هنا من الاشكال كما لا وجه لما جعله من الفرق بين هذه الصور حيث استشكل فى صحّه البيع و صوره الجهل بالمده مع كونها مضبوطه حيث حكم بالصحه مع الخيار.

قوله: ثم ان الشرط هى القدره المعلومه للمتبايعين

لان الغرر لا يندفع بمجرّد القدره الواقعيه.

أقول: الصور المتصوّره فى المقام أربعه علم المتبايعين بالقدره مع وجود القدره الواقعيه، و علمهما بالعجز مع العجز عن التسليم فى الواقع و علمهما بعدم القدره مع وجود القدره فى الواقع و علمهما مع عدم القدره فى الواقع.

أما الصوره الاولى: فلا شبهه فى الصحه لوجود القدره على التسليم فى الواقع و علمهما فلا غرر و لا أنه من بيع ما ليس عنده.

و أما الصوره الثانيه فلا شبهه فى عدم صحته لكونها من أوضح أفراد الغرر المنهى عن البيع و من قبيل بيع ما ليس عنده، و انما الكلام فى الصورتين الأخيرتين.

أما الثالثه فهى ما كان المتبايعان عالمين بعدم القدره و لكن كان فى الواقع عاجزين عن التسليم أو أحدهما عاجزا عنه و على ان دليل الاعتبار هو دليل نفى الغرر فلا شبهه فى فساد المعامله إذا الغرر هو الخطر و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۴

الخطر بمعنى احتمال الخطر فهو موجود فى المتبايعين أو فى أحدهما بالوجدان فهو ليس تابعا بالواقع، و قد عرفت أن المصنف قال باعتبار الجهل و الغفله فى مفهوم الغرر فهو متحقق فيما نحن فيه، كما لا يخفى فتكون المعامله خطريه فتبطل، و ان كان الدليل هو النهى عن بيع ما ليس عنده فلا يحكم بفساد

المعامله لعـدم شـموله لما نحن فيه، فإنه ليس من بيع ما ليس عنـده، بل هو مسـلّط على التسـليم و قادر عليه غايه الأمر غير ملتفت بذلك.

و أمـا إذا كانـا فى الظـاهر عالمين بالقـدره و كانا فى الواقع غير قادرين أو أحـدهما قادر و الأخر غير قادر، فالظاهر فساد المعامله على كلاـ الـدليلين فـإنه ان كان الـدليل هو نفى الغرر فلا شـبهه فى كون المعامله غرريه و ذلك فان المتبايعين و ان كانا عالمين بالقدره على التسـليم و كان مقتضى ذلك الحكم بعدم الغرر لما عرفت من اعتبار الجهل فى مفهوم الغرر و لكن عرفت سابقا أن احتمال الخطر و الهلاكه ليس موضوعا للحكم بحيث يكون فساد المعامله و عـدمها دائرا مـدار احتمال الخطر و عدم احتماله، بل أخـذه فى لسـان الـدليل من بـاب كفـايه الشارع بأدنى مرتبه الغرر لا أنه أى الاحتمال تمام الموضوع فى المقام فلا محاله فيكون الاحتمـال طريقـا الى الواقع و بمـا انه طريقـا اليه يكون موردا للحكم و من هنـا قلنـا فيمـا تقـدم أنه مع قطع بالهلاك فيثبت الغرر بالأـولويه فـإنه إذا ثبت الغرر باحتمـال الهلاك و فسـدت المعامله باحتمال الهلاك و فى صور القطع بالهلاك فأولى بالفساد مع أنه لو كان موضوع الحكم هو الاحتمال لما كان وجه لتسريه الحكم الى القطع بالهلاك لعدم أخذه فى لسان الدليل و أما النبوى الثـانى أعنى النهى عن بيع مـا ليس عنـده فهو أيضـا شامـل للمقـام فإنه غير قادر على التسـليم و ان كان عالما به فى الظاهر الّا انه جهل مركّب فلا يفيد بوجه فتكون المعامله فاسده.

قوله: و لو باع ما يعتقد التمكن فتبيّن عجزه فى زمان البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۵

أقول: ذكر المصنف أنه لو باع احد ما يعتقد

تمكّنه من تسليمه كالساعه و نحوها و تبيّن عجزه فى زمان البيع و لكن تجددت قدرته بعد البيع صح و ان لم يتجدد يبطل و لم يستدل على ذلك بشى ء.

و الظاهر أنه لا وجه لهذا الكلام و لا يترقب صدوره من المصنف (ره) و ذلك لأنه ان كان النظر بدليل نفى الغرر حال العقد و بعدم القدره على التسليم كك فلا شبهه فى فساد البيع فإنه حين التحقق كان غرريا لفوات مقدار من المنافع عنه فى المده التى كان عاجزا على التسليم لما عرفت من كون الاحتمال طريقا الى الواقع و كان هو أيضا فى الواقع غير قادر فلا يحديه العلم بالقدره حال العقد لكونه جهلا و كك أنه ليس قادرا على التسليم بأنه علمه بذلك فى الظاهر لا يوجب قدره على التسليم مع كونه جهلا مركّبا و تجدّد القدره بعد زمان لا يوجب انقلاب العقد الفاسد الى الصحيح لأن الشى ء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و ان كان النظر الى العلم بالقدره فى الظاهر و قلنا بكونه مجزيا فى البيع من غير توجه الى الواقع و أنه يحصل به القدره على التسليم فلا شبهه فى صحه المعامله و كيف كان لا نرى وجها للتفصيل فى المقام كما لا يخفى فافهم.

و بعباره أخرى ان كان النظر فى هذا الفرع الى الظاهر فلا شبهه فى تحقق الشرط فيكون البيع صحيحا و ان كان النظر الى الواقع فلا شبهه فى عدم تحقق الشرط فيكون العقد باطلا من غير فرق بين كون الدليل أى من النبويين كما لا يخفى.

قوله: ثم لا إشكال فى اعتبار قدره العاقد إذا كان مالكا.

أقول: قد عرفت بما لا مزيد عليه أن المعتبر فى البيع هو العلم

بالقدره

على التسليم و أن المانع عنه هو احتمال العجز عن التسليم و انما كان القطع بالعجز عن التسليم مانعا من باب الأولويه و الفحوى لا بدلاله النبوى منطوقا لعدم الغرر فى صوره العلم بالعجز.

و أما الكلام فيما إذا كان البيع صادرا عن غير المالك بان كان وكيلا عنه فى ذلك فهو تاره يكون وكيلا فى إجراء العقد فقط فلا يعتبر فيه قدرته على التسليم و لا أن عجزه مانع عن البيع، بل هو وكيل فى العقد و إجراء الصيغه فقط، بل لا يعتبر علمه بخصوصيات المبيع كما لا يعتبر فى النكاح أن يعرف الزوجين و فى إطلاق لا يعتبر علمه بالخصوصيات بل يجرى الصيغه بدلا عن الموكّل بلا احتياج إلى شى ء أصلا و انما الشرائط كلها معتبره فى العوضين و الناكح و المنكوح و المطلق و المطلقه و الحاصل لا عبره بقدره العاقد و عجزه كما لا عبره بعلمه و جهله بشرائط طلاق زوجه موكله.

و بالجمله أن مجرى العقد ليس له الّا التصدى و المباشره بإجراء صيغه العقد فقط و أما الزائد عن ذلك فلا يرجع إليه أصلا.

و أما الوكيل المفوّض فلا شبهه فى كفايه قدرته لعدم الغرر مع ذلك و عدم كون بيعه من بيع ما ليس عنده و أما كفايه قدره موكّله مع عجز الوكيل فهو وجهان، و الظاهر هو كفايته و ذلك من جهه أن القدره و ان كانت معتبره فى العاقد و كان الوكيل عاجزا عنه و لكن الوكيل حيث كان بدلا تنزيليا للموكل و فى منزلته كفى قدره الموكل فى صحه اعتبار الشرط المذكور فى العقد و من لو عرض للوكيل شى ء و صار عاجزا عن إنهاء الشرائط المعتبره فى

المعامله أو فى أفعاله الأخر لكان الوكيل مسئولا فى ذلك و يراجع إليه فى تتميم هذا الشرط.

نعم يعتبر فى ذلك علم المشترى بقدره الموكل على التسليم و الّا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۷

فتكون المعامله غرريه لما عرفت من أن الغرر بمعنى الخطر و هو متحقق مع جهل المشترى بقدره الموكّل على التسليم مع كونه عالما بعجز الوكيل الّا ان يكون الدليل على الاعتبار منحصرا بنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عنده فإنه حينئذ يحكم بصحه لعدم صحه لعدم صدق بيع ما ليس عنده على ذلك مع قدره الموكل على التسليم فان البيع بيع واحد له و لوكيله و ما لوكيله له و من هنا ظهر أن ما فى كلام شيخنا الأستاذ من الحكم بالصحه من غير فرق بين علم المشترى على قدره الموكل و جهله بها فى غير محلّه.

و ربما يقال بتقييد الحكم بالكفايه بما إذا رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشترى عليه فبدونهما لا يمكن الالتزام بالصحه و أن الأمر مفوّض الى الوكيل و بعباره أخرى أن المعتبر فى المعامله اعتبار قدره المتبايعين على التسليم و هما الوكيل من قبل البائع و المشترى و بما ان الوكيل بدلا تنزيلى للموكل فيكفى قدرته أيضا فى صحه البيع و لكن لا مطلقا، بل إذا رضى المشترى أن يرجع الى الموكل و رضى الموكل أن يرجع المشترى اليه و الّا فلا وجه للصحه إذ للمشترى أن يقول بأنى ما عاملت مع المالك و انما عاملت معك، و أنت المخاطب بالتسليم و هكذا للمالك أن يتكلّم بمثل ذلك.

ثم رتب على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر من العاقد غير

ممكن قبل الإجازه لكونه أجنبيا عن العقد و انما هو فضوليّ محض و اسمه مطابق مع المسمّى و أما قدره المالك فإنما تؤثر لو بنى العقد عليها و كان المالك راضيا برجوع المشترى اليه و كان المشترى راضيا بالرجوع الى المالك و حصل التراضى منهما على العقد حال البيع لعدم كفايه قدره الآذن فى صحه بيع المأذون إلّا مع الشرط المذكور كما لا يخفى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۸

و الفرض أنه لم يتحقق فى الفضولى و البناء على القدره الواقعيه غير مفيد إذ الشرط هى القدره المعلومه.

و الحاصل أنه يعتبر فى صحه بيع الفضولى رضائه المشترى برجوعه الى المالك و رضائه المالك برجوع المشترى اليه، و قدره البائع على التسليم، اما الشرط الأول فغير متحقق لعدم البناء على ذلك و اما الشرط الثانى فكذلك أيضا إذ لعدم كون الفضولى قادرا على ذلك لخروجه عن حدود العقد و قدره المالك لم تنفع لعدم كونها مؤثره فى ذلك، بل تؤثر مع البناء المذكور.

و بعباره أخرى ان القدره قبل الإجازه لم توجد و بعدها ان وجدت لم تنفع، و الحاصل أنه أنكر صحه الفضولى بهذا الاشكال المختصر.

ثم أورد على نفسه بأنه يمكن الوثوق بقدره الفضولى على التسليم بأن يحصّل رضائه المالك على ذلك لعدم ردّ المالك كلامه لصداقه بينهما و أنه لا يخرج عن رأيه فتحقق للفضولى بذلك قدره على التسليم حال العقد.

ثم أجاب عنه بوجهين، أولا: بأن هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا لمصاحبه الاذن للبيع غايه الأمر انما يكون حصول ذلك بالفحوى و شاهد الحال فلا يتوقف صحّته على الإجازه.

و ثانيا: بأنه لو سلمنا بقائه على الصفه و ظاهر أن القائلين بصحه الفضولى

لا يقصرون الحكم على هذا الفرض.

و قال المصنف:

و فيما ذكره من مبنى مسأله الفضولى ثم تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل، بل نظر فتدبر.

اما ما ذكره من مبنى مسأله الفضولى من اعتبار رضا كل من الموكل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۲۹۹

و المشترى فى الرجوع الى الآخر فاسد فى نفس هذه المسأله لعدم الدليل عليه و انما المانع عن صحه البيع هو الغرر و عجز البائع عن التسليم و من الواضح أنه يكفى قدره المالك على التسليم مع رضا المشترى بها كما عرفت لعدم الغرر و لا كونه من بيع ما ليس عنده و مع ذلك فاعتبار آمر آخر هنا و هو رضائه كل من المالك الموكل و المشترى بالرجوع إلى الأخر تخرص الى الغيب و قد عرفت ان قدره الموكل يكفى فى صحه بيع الوكيل لكونه نازلا منزله الموكل و أن فعله فعل الموكل كما لا يخفى.

و على تقدير تسليم الإشكال فى بيع الوكيل فلا تسلّم كونه مبنى لبطلان بيع الفضولى و تفريعه عليه و ذلك لما عرفت من خروج الفضولى عن حدود البيع و انما هو فضولى محض فلا وجه لاعتبار قدرته على التسليم فى البيع و أن اعتبار قدرته عليه كاعتبار قدره الجار على ذلك و أن حاله حال الوكيل فى إجراء الصيغه، بل أسوء منه فهل يتوهّم أحد اعتبار قدره مجرى العقد على التسليم فى صحه العقد و الحاصل أن الفضولى خارج عن باب العجز عن التسليم تخصّصا و هو أسوء حالا من الوكيل فى إجراء الصيغه الذى لا شبهه فى أن قدرته و عجزه لا أثر له فإنه لا يرتبط

به العقد حتى يكون عجزه موجبا لبطلان العقد كما هو واضح و الحاصل بناء على صحه المبنى فلا وجه للتفريع.

و أما الاعتراض فلو سلمنا المبنى و سلمنا أيضا تفريع بطلان الفضولى عليه و لكن الاعتراض الذى أورده على نفسه لا وجه له مع قطع النظر عما أجابه عن الاعتراض و ذلك أولا ما عرفت من كون الفضولى خارجا عن العقد و أن البيع انما يكون أما لغوا محضا مع عدم الإجاره أو بيعا للمالك مع الإجازه فالمناط فى القدره المعتبره فى صحه العقد هو قدره المالك المجيز لا قدره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۰

شخص آخر و ان اعتبار قدره الفضولى فى ذلك كاعتبار قدره الأجانب فى ذلك العقد.

و ثانيا: أن مجرّد وثوق الفضولى بإرضاء المالك لا يوجب قدره الفضولى على التسليم المعتبر حال العقد و الذى اعتبرناه فى المبنى، ثم رتب عليه التفريع هو رضا كل من الموكل و المشترى بالرجوع إلى الأخر، و ليس فى البين رضاء من المشترى بتسليم المجيز و لا رضاء من المالك برجوع المشترى إليه فلا محلّ لهذا الاعتراض.

و على تقدير ورود الاعتراض فجوابه أولا بخروجه على هذا عن الفضولى غير تمام لما عرفت سابقا من عدم كفايه الرضاء المقارن فى خروج العقد عن الفضوليه بل لا بد فى الخروج من الاذن السابق أو الإجازه اللاحقه أو الوكاله.

و على تقدير الكفايه فليس هنا رضاء المقارن أيضا لعدم كون المالك راضيا بذلك بالفعل بل الفضولى يتثق من نفسه بالمالك يرض بذلك و لا يخرج عن رأيه و من الواضح أنه أمر متأخر لا فعلى كما لا يخفى.

و أما الجواب الثانى بأنه على تقدير التماميه لا يعم جميع أفراد الفضولى

و كونه أخص من المدعى فلا يرد عليه اعتراض فلا وجه لنظر المصنف فى جميع ذلك و قوله و فى جوابه أولا و ثانيا.

و لعله نظرا فى غير الجواب الثانى و مراد ثم فى الجواب أولا و ثانيا رجوع النظر الى الجواب أيضا و ان كان بعضه تماما و اللّه العالم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۱

الكلام فى بيع الآبق

اشاره

قوله: مسأله لا يجوز بيع الآبق منفردا على المشهور بين علمائنا.

أقول

يقع الكلام فى هذه المسأله فى أمور ثلاثه،

الأول: أنه ذكر المصنف فى آخر الكلام أن الغرر المنفى فى حديث نفى الغرر كما تقدم هو ما كان غررا فى نفسه عرفا

مع قطع النظر عن الأحكام الشرعيه الثابته للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفى الغرر فى البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم و حاصل كلامه ان الغرر أمر عرفى كلما تحقق فيوجب فساد المعامله للنهى عن بيع الغرری كما هو الحال فى سائر القضايا الحقيقيه، و ان لم يتحقق فلا يترتب عليه الحكم، و أما الأحكام الشرعيه فغير منوط به و لا يقال أن هذا غرر مع لحاظ حكم الشارع فى الموضوع الفلانى أو ليس بغرر مع لحاظ الحكم الفلانى.

و رتب على ذلك بطلان البيع مراعى بالتسليم على خلاف الشهيد فى اللمعه حيث استقرب الصحه و قال ان تسلّم قبل مده لا يفوت الانتفاع المعتد به صح البيع و لزم و الّا تخير المشترى بين الفسخ و الإمضاء و أفاد المصنف فى وجه البطلان أن ثبوت الخيار حكم شرعى عارض للبيع الصحيح الذى فرض فيه العجز عن تسلم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فى البيع الذى يوجب بطلانه.

و كذلك رتب عليه بطلان بيع الضّال و المجحود و المغصوب و نحوهما بدعوى أنه غررى فى نظر العرف فحكم الشارع بانفساخ العقد بالتلف الرافع للغرر لا يرفع الغرر العرفى لما عرفت من عدم لحاظ الغرر مع الأحكام الشرعيه كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۲

أقول أن الغرر و ان كان من المفاهيم العرفيه و أمره تحت نظر العرف كسائر المفاهيم العرفيه الا ان تطبيقه على المصاديق ليس منوطا بنظرهم و عليه فإذا حكم الشارع فى مورد بعدم الغرر أو بوجوده فلا محذور فيه و لا يقال أن العرف لا يراه غررا

كما هو كك فى كثير من الموارد كنفى الربا بين الوالد و الولد و نفى الشك فى كثير الشك و هكذا.

و على هـذا فلا مانع من الحكم بصـحه البيع مراعى بالتسلّم نظير بيع السـلم فإنه ان كان البائع قادرا على التسـليم الى رأس المـده فيحكم بالصحه فلا خطر و ان لم يقدر على تسليمه و أيضا لا غرر لكونه باطلا من أصله.

و بالجمله فحكم الشارع بالانفساخ مع تعذر التسـليم الذى هو فى حكم التلف قبل القبض رافع للغرر فلا وجه لما أفاده المصـنف من كون الغرر أمرا عرفيّا غير مربوط بحكم الشارع و غير ملحوظ معه.

و بعباره أخرى عدم القدره على التسليم هنا كتلف المبيع قبل القبض فى سائر الموارد فكما أنه ليس غرر فى الثانى و كذلك فى الأول كما لا يخفى.

و أما بيع المجحود و الضال و المغصوب فان كان تسـليمها مرجوعا فى مده مضـبوطه فلا شبهه فى صحه المعامله لعدم الغرر فيها بنـاء على تماميه دليل نفى الغرر و ح إذا تمت المـده فإن حصل تمكّن فيها و الّا فيحكم بالبطلان للانفساخ فأيضا لا غرر و توهم غرريه البيع فى مده عدم الوصول الى المبيع فاسد لاقدام المشترى فى ذلك الوقت على الضرر.

و كك الكلام إذا كان مشـكوك الحصول للمتبايعين إلى مده معينه و لكن فى المده يكون أمره منجزا فإنه إما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا فعلى كل حال لا غرر فيه فإنه ان حصل صح البيع فلا خطر و ان لم يحصل فيبطل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۳

البيع أيضا فلا خطر.

بل الأمر كك فى صوره علم المتبايعين بعدم الرجوع و لكن إلى مده معينه ثم بعد ذلك

فاما يرجع قطعا أو لا يرجع قطعا، و كذلك لو علما بعدم الوصول اليه و لكن كان نظر المشترى من الاشتراء الانتفاع بعتقه فإنه يصحّ مع العلم بعدم الرجوع لعدم الغرر و من هنا لم يستشكل أحد فى صحه بيع العبد المريض من جهه كونه غرريا لعدم علمه ببرئه و موته و ذلك لأنه يجوز الانتفاع به ما لم يمت بالعتق فلا غرر نعم إذا لم يعلم حصول التمكن إليه فى مده مجهوله فلا يعلم أنه يتمكن منه فى مده قليله أو كثيره بحيث دار الأمر بين الأقل و الأكثر فيحكم بالبطلان لدليل نفى الغرر بناء على تماميته فان انتفاء المنفعه فى مده لا يعلم أنها أى مقدار خطر على المشترى.

و من هنا يعلم أن ما ذهب اليه الشهيد فى اللمعه من صحه البيع فيها إذا باع مراعى بالتسليم وجيه جدّا.

الأمر الثانى أن مسأله بيع عبد الآبق لا يرتبط بمسأله الغرر،

فان الدليل على عدم جواز بيع العبد الآبق هو النص و الّا فربما ليس فيه غرر أصلا لجواز الانتفاع به بالعتق و على هذا فلا وجه لتعليل عدم جواز بيعه بأنه مع اليأس عن الظفر به بمنزله التالف و مع احتماله بيع غررى منفى إجماعا نصا و فتوى.

و بالجمله لا يجوز بيع العبد الآبق منفردا مطلقا للنص، خلافا للإسكافى على ما نسب اليه من تجويزه مبيعه إذا يقدر عليه المشترى أو يضمنه البائع.

و كيف كان فمسأله عدم جواز البيع مجهول للغرر و مسأله عدم جواز بيع العبد الآبق مسألتان لا يرتبط أحدهما بالاخر و لا وجه لتعليل بطلان بيع الآبق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۴

بطلان البيع الغررى كما لا يخفى.

و على هذا لا تنافى فى كلامى الشهيد فى اللمعه و العلامه فى

التـذكره قال الشـهيد فى اللمعه لا يجوز جعل العبـد الآبق مثمنا و جزم به ثم تردد فى جعله ثمنا و ان قرب أخيرا المنع مع الانفراد ثم حكم بجواز بيع الضـال و المجحود و قـال العلامه فى التـذكره نظير ذلك حيث ادعى أولا الإجماع على اشتراط القـدره على التسـليم ليخرج البيع عن كونه بيع غررى ثم قـال و المشـهور بين علمائنـا المنع من بيع الآبق منفردا، و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامه أيضا ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه الّا جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمه،

و ذكر المصنف (ره) فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث، ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل.

و وجه التنـافى عنـده أنه لاـ يجتمع دعوى الإجمـاع على اشـتراط القـدره على تسـليم ليخرج الـبيع عن كونه بيع غررى مع دعوى الشـهره على عـدم جواز بيع الآـبق منفردا مع أنه أيضـا غررى فلاـ بـد من دعوى الإجمـاع عليه و كك لا يجتمع ذلك مع دعوى جواز بيع الضـال مع أنه مثـل الآـبق و الحاصـل أن الضـال مثل الآبق فلا بـدّ من دعوى الشـهره على عـدم جواز بيعهما و بيع الآبق غررى فلا بدّ من دعوى الإجماع على بطلان بيعه أيضا.

أقول: و قد ظهر مما ذكرنا من الفرق بين المسألتين عدم التنافى بين جميع هذه الفروع أصلا فإن حكم الشهيد ببطلان بيع الآبق و جعله مثمنـا لورود النص فيه و تردده فى الثمن من جهه احتمال اختصاصه بالمثمن كما هو الظاهر من النص لا يجوز اشتراء العبد الآبق و حكمه بجواز بيع الضال جزما فلخروجه عن مورد النص قطعا لعدم وروده فيه أصلا و كك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص:

دعوى العلامه الإجماع و انما هو فى بيع الغرر الـذى هو غير بيع العبـد الآبق و دعوى الشـهره فى بيع العبد الآبق و تجويز البيع فى الضال الخارج عنهما جزما هو واضـح فلا تنافى و من هنا ظهر الاشـكال ما فى حكم المصـنف بعـدم جواز جعل العبـد الآبق ثمنا كما لا يجوز جعله مثمنا لاشتراكها فى الأدله.

نعم يمكن استفاده عدم جواز من التعليل بقوله (ع) ان لم يقدر المشترى عليه فكان ما أخذه مكان ما نقده فإنه يشمل الثمن أيضا كما أنه يشمل الضال أيضا.

الأمر الثالث إذا اعتبرنا القدره على التسليم فى البيع فهل يلحق به الصلح، وجوه،

الأول: عدم الاعتبار مطلقا

لكونه مبتيا على المساهله و التوسعه فلا يضر فيه الجهل بالعوضين على أنّ دليل الغرر مخصوص بالبيع فلا يجرى فى غيره.

الثانى: اعتبار الشرط المذكور فى الصلح، بل فى جميع العقود المعاوضه

فدليل نفى الغرر و ان ورد فى البيع و لكنه لا خصوصـيه فيه حتى أن الفقهاء يسـتدلون به فى غير المعاوضات كالوكاله فضلا عن العقود المعاوضـيه كالإجاره و الجعاله و المزرعه و غيرها، بل أرسل العلامه فى كره على ما نسب اليه المصـنف فى الخيارات أنه نهى عن الغرر.

الثالث: التفصيل بينما يكون البناء فيه على التسامح كما فى الصلح المحاباتى

فيحكم بعـدم اعتبار الشـرط المذكور فيه لعدم الغرر فيه بعد ما كان الغرر إيصال المال الى المصالح له و عدم كون أخذ العوض محط نظر أصـلا فلو صالح جميع أمواله لزيد فى مقابل درهم و كان فيه فرس شارد لا يضـرّ بصحه الصلح لعدم الغرر فيه أصلا و بين ما لم يكن ككك كما هو المرسوم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ٣٠۶

فى السوق كثيرا حيث يعاملون بلسان الصـلح فى معاوضاتهم و هو فى الحقيقه بيع بلسان الصـلح و قد اعتبروا الشرط المذكور هنا لكونه بيعا فان البيع هو مبادله مال بمال و هو صادق عليه كما تقدم فى أول البيع.

أقول: ان كـان مـدرك الاشتراط الإجماع على الاشتراط و عـدم جواز بيع ما لا يقـدر البائع على تسـليمه فلا يجرى فى غير البيع، فإنه دليل لبىّ فلا بـد من أخـذ المقدار المتيقن و هو البيع و ان كان دليله هو نفى الغرر أولا تبع ما ليس عندك فيجرى ذلك فى القسم الثانى من الصـلح، لعدم الخصوصيه البيع، فان الفرض هو نفى الغرر و له خصوصيّه لا للبيع على ان القسم الثانى من الصلح بيع لانه تبديل بين الشيئين و هو صادق عليه، فان نتيجه التبديل بين الشيئين الذى هو حصول المال للمتعاوضين حاصل هنا أيضا.

و لكن قد عرفت عدم تماميه دليل نفى الغرر لضعف السند و

عـدم تمـاميه لاـ تبع ما ليس عنـدك من جهه عـدم تماميه دلالته فلا يبقى دليل على اعتبار الشـرط المـذكور فى البيع فضـلا عن الصلح و على هذا فلا بد من التكلم فى مسأله العبد الآبق الذى ورد فيه نص حتى نلاحظ أنه يمكن استفاده حكم غير العبد الآبق من ذلك أم لا، و الّا لما كان لخصوص هذه المسأله ثمره عمليه فعلا، و اما بناء على المشهور من تماميه اعتبار الشرط بدليل نفى الغرر فبيع العبـد الآبق مع الضـميمه تخصـيص، فنقول أنه لا شـبهه فى عدم جواز بيع العبد الآبق منفردا لورود النص عليه، و الّا مع الضـميمه خلافا لمجموع العامه فإنهم منعوا عن ذلك فبيعه مع الضـميمه تخصـيص لعـدم جواز بيع ما لا يقـدر على تسـليمه على مسـلك المشـهور، فـان مقتضـى القاعـده بطلاـن الـبيع و لو جعـل مجهول الحصول جزء المبيع لأـن جعـل جزء من الثمن مقـابل المجهول غررى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۰۷

و أمـا على مسـلكنا فـالحكم الثـابت على جواز بيع الآـبق مع الضـميمه من الأـول مضـيق فيكون عـدم جواز بيعه بـدون الضـميمه تخصيصا للعمومات و قد ورد روايتان تدلان على عدم جواز بيع العبد الآبق بدون الضميمه.

الأولى صحيحه «۱» رفاعه، قال: قلت لأبى الحسن (ع) أ يصلح لى أن اشترى من القوم الجاريه الآبقه و أعطهم الثمن و أطلبها أنا، قـال: لا يصـلح شـرائها الّا ان تشترى منهم ثوبا أو متاعا فنقول اشترى منكم جاريتكم فلانه و هـذا المتاع بكـذا و كـذا درهما فان ذلك جائز.

فهـذه الروايه مختص بالبيع و الروايه الثانيه موثقه «۲» سـماعه، فهى أوسع منها عن أبى عبـد اللّه (ع) فى الرجل قد يشترى العبد و هو آبق

عن أهله قال: لا يصلح الّا أن يشترى معه شيئا فيقول أشترى منك هذا الشى ء و عبدك بكذا و كذا درهما، فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه فان ذيل الروايه من التعليل لا يختص بالبيع، بل يجرى فى غيره أيضا كما لا يخفى.

فمقتضى الروايتين أن بيع العبد الآبق منفردا لا يجوز مع أن فيه نفعا و هو الانتفاع به بالعتق و أما غير العبد الآبق فلا يجوز بيعه بدون الضميمه بطريق أولى، إذا تعذر التسليم فيه لعدم النفع له فيكون الروايتان دليلا على اعتبار القدره على التسليم فى البيع و غيره من العقود، و المعاوضيه كما أشرنا الى ذلك فيما سبق من التكلم فى دليل الشرط، و بالجمله فدليل اعتبار القدره على التسليم هو النص الوارد فى عدم جواز

---

(۱) وسائل، ج ۱۲، ص ۲۶۲.

(۲) وسائل، ج ۱۲، ص ۲۶۳

بيع العبد الآبق منفردا فإنه يدل على عدم الجواز فى غيره بدون الضميمه بالأولويه و أما مع الضميمه فبمقتضى قوله عليه السلام فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه جائزا فإن المستفاد من ذلك أن المال لا يذهب فى كل مورد كان بيع غير المقدور مع الضميمه و أن ذلك حكم بعنوان القضيه الحقيقيه و ان كان الثمن صالحا فى مقابل الضميمه حكم كلّى و عليه فنتعدى بذلك الى الصلح و جميع العقود المعاوضيه عليه، بل نتعدى بجواز بيع غير الآبق مع الضميمه فما لا يقدر على تسليمه كالفرس الشارد، و الإبل الشارد، كما عرفت، و مع الغض عن شمول الروايه على ذلك فقد عرفت أنه لا دليل على اعتبار القدره على التسليم

الّا الفحوى من روايتين بيع العبـد الآبق مع الضـميمه و من الواضـح أن الفحوى يجرى فى صوره الانفراد لا مع الضـميمه و أما فيه فيتمسك بالعمومات كما لا يخفى و لكن لم يلتزموا المشـهور بجواز بيع غير العبـد الآبق من موارد عـدم القدره على التسـليم مع الضـميمه حتى صرحوا بعدم جواز بيع الفرس الشارد مع الضميمه و الوجه فى ذلك دعوى الإجماع، بل النص كما تقدم من نفى الغرر من المشـهور على بطلاـن بيع ما لا يقـدر على تسـليمه و لكن مجرّد عـدم التزامهم بـذلك لا يوجب الوهن بعـد ما ساعـدنا الدليل على الحكم بالجواز فى غير الآبق أيضا مع الضميمه لشمول العمومات عليه.

ثم يقع الكلام فى خصوصيات ذلک،

اشاره

ففى هنا فروع:

الأول: هل يجوز بيع الآبق مع الضميمه مطلقا،

سواء كـان رجوع العبـد مرجوّا أم غير مرجو؟ أو لاـ يجوز إلّـا إذا كـان مرجو الرجوع فقـد؟ اختـار المصـنف الثانى و تبعه شـيخنا الأستاذ و قد استدل المصنف عليه بأن

ظاهر السؤال فى الروايه الاولى هو ذلك حيث قال الراوى أ يصلح لى أن اشترى من

القوم الجاريه الآبقه أعطيهم الثمن و أطلبها فإن الظاهر من كلمه اطلبها أن الوصول إليها مرجوّ و الّا لما كان وجه للطلب.

و كـك ظـاهر الجواب فى الروايه الثـانيه حيث قال (ع) فان لم يقـدر على العبـد كان الـذى نقـده فيما اشتراه معه، فان الظاهر من كلمه فـان لم يقـدر أن الوصـول اليه حين الـبيع كـان مرجوا و الّـا لم يكن وجه لهـذا الكلاـم ثم قـال أن ذلـك هو ظـاهر معـاقد الإجماعـات المنقوله، ثم اسـتدل على البطلاـن فى صوره اليـأس بوجهين آخرين، الأـول أن بـذل جزء من الثمن فى مقـابله أكل للمال بالباطل، و الثانى أنه بيع سفهى و الّا لجاز بيعه مستقلا فالمانع من استقلاله مانع عن جعله جزء من الثمن فى مقابله.

أمـا قضـيه لزوم كونه أكلاـ للمال بالباطل فقـد عرفت أن آيه النهى عن أكل المال بالباطل مختصّه بالأسـباب الفاسـده كالقمار و نحوه مقابل الأسباب الصحيحه فلا تدلّ على شرائط العوضين.

و أمـا الثـانى: فقـد عرفت عـدم الـدليل على بطلان بيع السـفهى، بل العمومات بالنسـبه إليه محكمه و انما الـدليل على بطلان بيع السـفيه و هو المهجوريه عن التصـرف، على أنه قد يكون سـفهيّا أى فيما كان ما جعله من الثمن فى مقابل العبد زائدا و بالمقدار الواقع فى مقابل غير الآبق و أما إذا كان بمقدار أربعه فلس فلا سفه

فيه، بل ربما يحصل له نفع عظيم من ذلک كما لا يخفى.

و أما الروايه فلا مانع من شمول قوله (ع) فان لم يقدر إلخ، على صوره اليأس أيضا فإن احتمال الوصول معه باق على حاله و كذلک لا مانع من شمول السؤال على ذلک فإنه لا مانع من المطالبه مع اليأس لاحتمال الوصول اليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۰

و أما القطع بعدم الرجوع فهل يصحّ البيع هنا مع الضميمه أم لا؟

الظاهر أنه لا مانع عنه هنا أيضا و ذلک أن قوله (ع) و ان لم يقدر على العبد كان ما نقده فيما اشتراه معه و ان لم يكن شاملا لصوره القطع بعدم الرجوع و لكن الظاهر من الروايه عدم اختصاص الجواز بذلک فان الظاهر منها أن الثمن يقع فى مقابل الضميمه و كذلک كون الضميمه قابلا لان يقع فى مقابل الثمن و لا يذهب هدرا فكون الثمن صالحا لأن يقع فى مقابل الضميمه حكم كلّيّ نحو القضيه الحقيقيه و انما سأل السائل عن فرد من ذلک لا أن الروايه مسوقه لبيان حكم قضيه شخصيه فى مورد خاص بحيث لا يمكن التعدى منه الى غيره و لذا ذكر فى السؤال أن الرجل قد يشترى العبد الآبق.

و بالجمله الظاهر من الروايه أن بيع العبد الآبق مع الضميمه مطلقا صحيحه سواء كان رجوعه مرجوا أو لا، بل يصحّ مع القطع بعدم الرجوع كما عرفت.

منها أنه يعتبر كون الضميمه مما يصح بيعها مستقلا

لظهور الروايه فى ذلک فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشتراه معه ظاهر، بل صريح فى كون الضميمه عما يكون قابلا لان يقع عليه البيع فلو لم يصح بيعه اما لعدم النفع عرفا كالخنفساء و الجعلان و نحوهما أو

لعدم النفع فيه شرعا كالخمر و الخنزير و الميته و اما لكونه مال الغير فلا يصح ان يقع ضميمه فإن ما لا يصحّ بيعه مستقلا لا يصح بيعه مع الضميمه أيضا.

و منها أن يصح بيعها منفردا فما لا يصح بيعه كك

كالعبد الآبق، فهل يصحّ بيعه أو لا؟ ففيه خلاف فقد استشكل المصنف فيه من جهه عدم شمول الروايه له و ساعده شيخنا الأستاذ و لكن اختار الأستاذ المنع من جهه اقتضاء مناسبه الحكم و الموضوع ذلك المعنى، فان ما لا يصح بيعه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۱

مستقلا فكيف يصح مع ضمه بمثله فلا يفيد انضمام ما لا يصحّ بيعه بمثله الحكم بالجواز بل يكون هو أيضا مثله كما هو واضح.

و لكن ما ادرى كيف لاحظوا الروايه حتى حكموا بعدم دلالتها على ذلك فان قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه أقوى ظهور فى الاشتراط فان الظاهر منه أنه لا بد و ان يكون هنا شى ء يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدره على الوصول أى الآبق و إذا كانت الضميمه أيضا مثله فلا شى ء هنا ليقع الثمن فى مقابله فلا يصدق عليه قوله (ع) فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه فان المستفاد من الروايه ان ثمنه لا يذهب هدرا و أما مع كون الضميمه مثل الآبق فيذهب الثمن هدرا و أما إذا كانت الضميمه منفعه فإن كان الغرض وصول شى ء إلى المشترى بحيث لا يذهب ثمنه هدرا مع عدم التمكن من العبد و كان صالحا لان يقع فى مقابل الثمن و ان لم يكن ذلك بعنوان البيع فلا شبهه فى صحه ذلك و ان كان النظر هو التعبد بالروايه و استفاده حكمه منها فلا يجوز

فان الموجود فيها فان لم يقدر كان ما نقده فيما اشترى معه و من الواضح أن الشراء لا يصدق فى نقل المنافع لما عرفت فى أول البيع أن البيع انما هو لنقل الأعيان فلا يطلق فى نقل المنافع كما أن الإجازه انما هو لنقل المنافع فلا تطلق فى نقل الأعيان فكما لا يجوز بيعها مستقله فكذلك لا يجوز بيعها منضمه أيضا، و بالجمله أنه يعتبر فى الضميمه أن تكون جائزه البيع فى نفسها على انفرادها كما عرفت.

و من جمله ما يقع الكلام فيه أنه هل ينتقل العبد إلى المشترى من حين البيع

بحيث إذا تلف قبل وصوله إلى المشترى تلف فى ملكن المشترى أو كان البيع مراعى الى أن يتمكن المشترى منه فإذا تمكن صحّ البيع فى المجموع و الّا تقع المعاوضه بين الضميمه و الثمن ظاهر المحكى عن كاشف الرموز هو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۲

الثانى و لكن ظاهر ذيل كلامه هو الأول كما ذهب اليه المشهور و هو الأقوى فإن الظاهر من الروايه قد يشترى الرجل العبد و هو آبق قال (ع) لا يصلح الّا أن يشترى معه شيئا فيقول اشترى منك هذا الشى ء و عبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه هو انّ البيع و الشراء قد تما و تحققا من حين البيع فإذا لم يقدر المشترى عليه فيقع الثمن فى مقابل الضميمه فليس فيها اشعار بالتعليق كما هو واضح، هذا لا شبهه فيه.

نعم، لو بقى على إباقه بحيث صار فى حكم التالف يكون ذلك من البائع بمقتضى قاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال البائع كما سيأتى فى أحكام القبض و اما قوله (ع) كان الذى نقده فيما اشترى معه صريحا فى صحه البيع و كون

الآبق ملكا للمشترى فيكون ذهابه منه و من كيسه فيكون هذا المورد تخصيصا للقاعده المذكوره.

و بالجمله ظاهر الروايه أن التلف انما هو فى ملك المشترى لحصول البيع من الأول و لكن كان مقتضاه أن يكون ذاهبا من كيس البائع لقاعده كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بايعه، و لكن ذيل الروايه أثبت الحكم على خلاف القاعد تخصيصا لها و دلّ على كونه ذاهبا من كيس المشترى كما هو واضح.

و لو تلف العبد الآبق قبل اليأس بحصوله أو كان اليأس فى حكم التلف كما تقدم من المصنف و ان لم نقبله أو تلف بعد اليأس فهل يكون التلف من البائع بمقتضى القاعده المتقدمه أو من المشترى فقد استشكل فيه المصنف و منشأ الاشكال احتمال شمول قوله (ع) فان لم يقدر عليه كان الذى نقده، إلخ، شاملا للموارد المذكوره و يكون عدم الظفر على العبد سواء كان باليأس أو بالتلف قبل اليأس أو بعده موجبا لوقوع الثمن بإزاء الضميمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۳

بحيث كان ذلك كفايه عن عدم استرجاع شى ء من الثمن و عدم ضمان البائع له فيكون تخصيصا للقاعده أيضا.

و لكن الأمر ليس كك فان الظاهر من قوله (ع) فان لم يقدر كان الذى نقده فيما اشترى معه أن المراد من عدم القدره هى عدم القدره من ناحيه الإباق و أما إذا كان عدم القدره من جهه الموت قبل اليأس فيكون ذلك داخلا تحت القاعده، نعم التلف بعد اليأس لا يؤثر فى ضمان البائع بعد ما ثبت كون الثمن مقابل الضميمه باليأس و استقر ملك البائع على مجموع الثمن بإزاء الضميمه من دون خيار للمشترى فى ذلك كما هو واضح.

ففى الصوره

التی كـانت التلف من البائع أعنی التلف قبل اليأس فيقسّط الثمن علی الضـميمه و العبـد فيصـحّ فی الضـميمه و يبطل فی العبـد و يرجع فی حصّته إلی البائع ان أعط، و الّا فيعطی ما يخصّ بالضميمه فقط و يثبت للمشتری خيار تبعّض الصفقه.

قوله: و لو تلفت الضميمه قبل القبض و ان كان بعد حصول الآبق فی اليد، فالظاهر الرجوع بما قابله الضميمه لا مجموع الثمن لان الآبق لا يوزّع عليه المثمن، إلخ.

أقول: فی توضـيح ذلـک أنه إذا تلفت الضـميمه قبـل وصولهـا إلی المشتری و قـد وصل الآبق اليه فيقسّط الثمن علی الضـميمه و العبـد فيصـحّ فی العبد و يبطل فی الضـميمه فيسترد المشتری ما قابلت الضـميمه من الثمن ان كان قد دفعه و الّا فيعطی ثمن العبد فقط و لا يقسّط قبل وصول العبـد إلی المشتری فإنه ما دام آبقا لا يوزّع عليه الثمن مع تلف الضـميمه و من هنا ظهر ما صـدر من المشتری شـيئا كان فی حكم القبض كأن أرسل إليه طعاما مسـموما فقتله أو أعتقه أو وهبه لشخص آخر، فان هذا كلّها فی حكم القبض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۴

فيقسّط الثمن عليهما فيبطل البيع فی الضـميمه و يصـحّ فی العبـد و لكن بما أنه تصـرف المشتری فی العبـد و أتلفه بالتصـرف فلا يكون له خيار تبعض الصفقه حينئذ بخلاف الفرض الأول أعنی صوره حصول العبد بيد المشتری.

و أما لو تلفت الضـميمه قبل حصول الآبق فی يد المشتری فهل يحكم بصحه البيع بالنسبه الی العبد و يلتزم بالتقسيط و يبطل البيع فی خصوص الضميمه أو يحكم بانفساخ العقد فقد تردد فيه المصنف أولا، و ذكر فيه وجهان من ان العقد علی

الضـميمه إذا كان كأن لم يكن من الأول و انعـدم تبعه العقد على الآبق فصار هذا أيضا كأن لم يكن فيحكم بالبطلان فى كليهما فيفسـخ العقد فيهما معا فان سـبب الضـميمه حدوثا لم يكن الّا العقد على الضـميمه فإذا انعدم انعدم العقد على الآبق أيضا، و من أن العقـد على الآبق كان تابعا على العقـد على الضـميمه حـدوثا و إذا تملك المشترى العبد فيكون العقد على الضـميمه كأن لم يكن فان الغرض منه لم يكن إلّا إمكان بيع الآبق الـذى لم يكن جائزا بالانفراد و بعد ما دخل الآبق فى ملك المشترى فكان كأن لم يكن محتاجـا إلى الضـميمه و كسـائر متملكته و على هـذا فينحـل الثمن الى كـل من الضـميمه و الآـبق كسـائر موارد اجتمـاع الشيئين فى بيع واحد فيكون كل واحد منهما أجنبيّا عن الأخر و هذا الانحلال لا يوجب رفع الحكم الثابت فى الابتداء من توقف صحه بيـع الآـبق على بيع الضـميمه معه، فـان مقتضـى العمومـات مع الشـك فى الصـحه و الفسـاد محكمه و هـذا توضـيح كلاـم المصنف بإضافه إجمالا فتأمل، فإن عبارته مغلقه.

ثم اسـتظهر من النص الوجه الأـول بـدعوى ان الظاهر من النص أن لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصـلا و لا يوضع له شـى ء منه أبدا على تقدير عدم الظفر به، و هذا هو الظاهر فان قوله (ع) فان لم يقدر كان الذى نقده

فيما اشترى معه ظاهر فى أنه لا بد و أن يكون هناك شى ء يقع الثمن فى مقابله مع عدم القدره على الآبق حدوثا و بقاء فإنه لولا ذلك فبمجرد وقوع البيع لا بدّ و ان يجوز التقسيط مع أنه

ليس كك بل لا بـد و ان تسـتمر الضـميمه ما دام لم يحصل الآبق و لم يصل الى العبد و من الواضح أنه مع تلف الضـميمه ليس هنا بالفعل شـی ء ان يكون الثمن فی مقابله مع عـدم القـدره على العبـد ليشـمل عليه قوله (ع) فان لم يقـدر كان الـذی نقده فيما اشترى معه فعليه فيحكم بالبطلان و ان كان مقتضـى القاعده هو الصحه بعد تحققه صحيحا للعمومات الداله على صحّه البيع كما عرفت فی توضيح كلام المصنف.

و بـالجمله الـذی يتحصل لنا من الروايه هو أن الضـميمه ما لم تصل إلى المشترى قبل أن يصل الآبق اليه لا طريق للحكم بصـحه البيع و ان استمر إلى مـده بعيـده فـان فی كـل أن لوحـظ البيع يصـدق أنه ليس هنـا شـی ء يكون الثمن فی مقـابله فـإذا وصـلت الضميمه إليه انتهى أمد ذلك الحكم فح يتبدل الحكم بأنه مع تلف الضميمه لا يحكم بالفساد كما هو واضح.

ثم بقی هنا فرعان قد أشار إليهما المصنف

الأول أنه لو وجد المشترى فی الآبق عيبا سابقا على العقد

فإنه لا شبهه فی كونه مخيرا بين الفسخ و الإمضاء و انما الكلام فی انه هل له أن يرجع الى الأرش أم لا؟

فنسخ المصـنف القول بجواز الرجوع الى الأرش إلى قول مشـعرا بكونه محل الخلاف و الظاهر أنه لا شبهه فيه فإنه لا إشكال فی كون المشترى مخيرا بين الفسـخ و الإمضـاء بـدون الأرش أو معه فی موارد ظهور المبيع معيبا و لا خصوصـيه للمقام حتى توجب عـدم جواز رجوعه إلى الأـرش إلا ما ربما يتوهم من أن الأرش جزء من الثمن واقع بإزاء وصف الصـحه و مع عـدم القـدره على العبد لا يقع شی ء من الثمن بإزاء العبد ليسترجع بعنوان الأرش و يحصّل جزء من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۶

الثمن، بل مجموع الثمن مع عدم القدره على العبد واقع فى مقابل الضميمه.

و لكن هـذا التوهم فاسـد فان وقوع مجموع الثمن مقابل الضـميمه انما هو بعـد اليأس من العبـد بحيث يكون فى حكم التالف لا مطلقا و الفرض أن العيب كان سابقا على العقد فحين وقوع العقد على العبد مع الضـميمه، كان المجموع فى مقابل الثمن فيكون الثمن مقسّـطا على العبـد و الضـميمه معا و ما تقـدم من عدم تقسـيط الثمن على الآبق قبل وصوله اليه فيكون المقام كسائر موارد ظهور العيب فى المبيع فيتمسک بعمومات ما دل على كون المشترى مخيرا بين أخـذ الأرش و الإمضاء بدونه و بين الفسخ ثم ان عـدم تعرض المصـنف لصوره كون المشترى مخيرا بين الفسـخ و الإمضاء من جهه عـدم كونه محلا للخلاف و محتمل العـدم و انما مورد التوهم هو عدم ثبوت الأرش للتوهم المتقدم و لذا خصّه بالذكر.

الفرع الثانی: انه لو كانت الضميمه ملكا للغير فعقد مالک العبد عليه العقد فضولا

فهل يبطل العقد فى العبد مع عدم الإجازه أم لا؟ فقال المصـنف بالأول، و لم يتعرّض لحكم صوره الإجازه، و الظاهر هو البطلان مطلقا سواء أجاز المالك أو لم يجز و ذلك لما عرفت أن شأن الضـميمه كون مجموع الثمن فى مقابلها مع عـدم قـدره المشترى على الآبق و فيمـا إذا كان المبيع مركبا من مال نفسه و من مال الغير فيكون ذلك من الأول من حكم بيعين فيقع الثمن من الأول فى مقابـل كلا المبيعين و ليس هنا احتمال وقوع مجموع الثمن فى مقابل الضـميمه فإنه ح يلزم أن لا يكون لمالك العبـد شـى ء أصـلا و يكون مجموع الثمن لمالك الضـميمه بدون الاستحقاق فإنه مالك من الثمن بما قابل الضميمه دون الزائد كما لا يخفى فيذهب مال

مالک العبد هدرا و الحال وقع البیع علی المجموع من حیث المجموع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۷

و بعباره أخری المستفاد من الروایه أن یحصل لمالک العبد شی ء سواء تمکّن المشتری منه أم لا، و لکن مشروطا بکونه مع الضمیمه لیقع الثمن فی مقالبها مع عدم التمکن من الآبق و أن یحصل للمشتری أیضا شی ء ککک فإذا کانت الضمیمه للغیر فلا یمکن ذلک و الحاصل ان الضمیمه لا بد و ان تکون قابلا لان یقع مجموع الثمن فی مقابلها لقوله (ع) فان لم یقدر کان الذی نقده فیما اشتری معه و إذا کانت الضمیمه من مال الغیر و لم یقدر المشتری علی العبد فلازم ذلک ان یقع الثمن فی مقابل الضمیمه و لا یحصل لمالک العبد شی ء فهذا لا یمکن الالتزام به علی أن الظاهر من قوله (ع) فی موثقه سماعه لا یصلح الّا أن تشتری معه شیئا و یقول اشتری منک هذا الشی ء و عبدک هو أن الضمیمه من مال مالک العبد فان معنی اشتری منک معناه أن المال ماله و لو کان من مال الغیر فلیس الشراء منه، بل لمالکه فإن البائع فی الحقیقه فی البیع الفضولی هو المالک بإجازته و إمضائه و أنما الفضولی مجری للعقد فقط، فافهم.

الکلام فی اشتراط العلم بالثمن

اشاره

قوله: مسأله: (المعروف أنه یشترط العلم بالثمن قدرا فلو باع بحکم أحدهما بطل إجماعا).

أقول

استدل علی اعتبار هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع،

فإنه ذکر غیر واحد من الأعاظم أن کل بیع لم یذکر فیه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بین المسلمین.

و فیه أن الإجماع و ان کان مسلما و لکن المظنون أن الأصل فیه النبوی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۸

المشهور بین الفریقین (نهی النبی (ص) عن بیع الغرر) فلیس هنا إجماع تعبدی.

الثانی: النبوی المذکور

فإنه استدل به الفقهاء من الشیعه و السنه علی بطلان البیع الغرری، و بما أن الجهاله بقدر الثمن توجب الغرر و الخطر فیکون البیع

باطلا.

و فيه أنه قد تقدم عدم تماميته سندا و دلاله فلا يكون مدركا للحكم المذكور.

الثالث: روايه حماد بن ميسره الوارده فى مورد خاص

فإنه روى عن أبى جعفر عليه السلام أنه كره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لانه لا يدرى كم الدينار من الدراهم.

و فيه أن غايه ما يستفاد منها أن المعامله المذكوره مكروهه فهى أعم من الحرمه، على تقدير إراده الحرمه منها فهى لا تدل على الفساد لعدم الملازمه بين الاحكام التكليفيه و الأحكام الوضعيه فتحصل أنه لا دليل خاص على اعتبار العلم بقدر الثمن فى البيع،

و على هذا

فلا بد من التكلم فى المسأله فى جهتين

اشاره

الأولى بحسب القواعد، و الثانيه بحسب الروايه الوارده فيها،

أما الجهه الأولى [أى بحسب القواعد]

فان كان المراد من الجهاله بقدر الثمن جهاله بأصل الماليه بحيث لا يعلم البائع أنه أى مقدار بل ربما لا يدرى أن ما جعل ثمنا فى البيع أنه مال أو ليس بمال، فهذا لا شبهه فى بطلانه فان البيع مبادله مال بمال و أن غرض المتعاملين تملك كل منهما مالا جديدا بإزاء ما يعطيه للآخر و لم يكن قبل هذه المعامله مالكا له فإذا لم يدر أنه حصل له مال بذلك أو لا، و مع الحصول أنه أى مقدار فيكون نقضا للغرض فكأنه لم يقع البيع فيكون باطلا و لعل بطلان مثل هذا البيع ارتكازى للعقلاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۱۹

فلا يعتبرونه بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل لعدم اعتبار الماليه فى البيع و لعدم بطلان البيع الصبى فلا منشأ للبطلان غير ذلك الّا دليل نفى الغرر فقد عرفت الحال فيه غايه الأمر يثبت الخيار للمشترى، نعم سيأتى فى المسأله الثانيه اعتبار العلم بالمثمن فى صحيحه الحلبى لا يحتاج إلى التأمل و من هذا القبيل بيع الثوب بدينار غير درهم كما ذكر فى الروايه حماد بن ميسره و أن كان المراد من الجهاله هو الجهل بمقدار الثمن مع العلم بالماليه و كونه بمقدار القيمه السوقيه فلا شبهه فى صحه البيع كما إذا باع الثوب بما يساوى القيمه السوقيه فإن مثل هذا الجهل لا يوجب الغرر و الخطر و لا أنه يوجب الجهل بأصل الماليه غايه الأمر أنه لا يدرى أن أى مقدار من المال للجهل بالقيمه السوقيه.

و أما الجهه الثانيه [أی بحسب الروایه الوارده فیها]

فقد وردت روایه صحیحه «۱» فی خصوص بیع الجاریه و یستفاد منها صحه البیع قال رفاعه النخاس سألت أبا عبد اللّه (ع) فقلت له

ساومت رجلاـ بجاريه له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه ألف درهم حكمى عليك أن تقبلها فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مسستها قبل أن أبعث اليه بالثمن فقال عليه السلام: أرى أن تقوم الجاريه بقيمه عادله فإن كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليك أن ترد ما نقص من القيمه و ان كان قيمتها أقل مما بعثت اليه فهو له، الخبر.

و فى الحدائق التزم بصحه البيع بحكم المشترى و انصراف الثمن إلى

---

(۱) وسائل ج ۱۲، ص ۲۷۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۰

القيمه السوقيه لهذه الروايه و أولها المصنف بما ليس إلاـ إسقاطا لها فى الحقيقه و قال لكن التأويل فيها متعين لمنافاه ظاهرها لصحه البيع و فساده فلا يتوهم جواز التمسک بها لصحه هذا البيع إذ لو كان صحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمه مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص، نعم هى محتاجه إلى أزيد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بان يراد من قوله (ع) باعنيها بحكمى تقويمها على نفسى بقيمه عادله لكون رفاعه نخاسا عالما بقيمه الجاريه لأنه يبيع و يشترى الرقيق ثم قومها النحاس على نفسه بألف درهم أما معاطاه أو وكاله فى الإيجاب و أصاله فى القبول، و انما لم يقبله المالک اما للغبن لخطاء النحاس فى التقويم أو لخيار الحيوان بناء على ثبوته فى الإماء و العبيد.

و قوله عليه السلام ان كان قيمتها أكثر مما بعثت اليه كان عليک أن ترد، إلخ، اما يراد لزوم ذلک عليه من باب إرضاء المالک إذا أراد الإمساک فيسقط المشترى أى النحاس مثلا خيار المالک ببذل التفاوت بأن يقول لا تفسخ المعامله

و سقط خيارک فاعطى التفاوت.

و ما ذكره الايروانى من أنه لا وجه لسقوط الخيار ببذل التفاوت من جهه توهم ان فاعل يسقط هو الخيار و عرفت أنه هو المالک و اما أن يحمل ذلک على صوره حصول الحمل بعد المس فصارت أم ولد و تعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع.

و هذا التأويل ليس إلا عباره أخرى من إسقاط الروايه فإنه ليس فيها إشاره إلى الوكاله و كون المشترى وكيلا عنه أو كون المعامله على سبيل المعاطاه على أن ظهور عليک ليس إلّا الإلزام على الرد و ما ذكره من حمله على إرضاء المالک بإسقاط الخيار أو حملها على صوره الحبل خلاف الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۱

من الروايه جدا و على هذا فيدور الأمر بين رفع اليد عن الروايه ورد علمها إلى أهلها و بين توجيهها على نحو لا ينافى ظاهرها، و الظاهر هو الثانى و الذى ينبغى أن يقال أنها راجعه إلى أمر عرفى متعارف بين الناس من المعامله فإن من المتعارف فى زماننا خصوصا بين الحمالين أنهم لا يقاطعون فى مقام المعامله على الثمن و الأجره بل يوكلون الأمر إلى المشترى و المستأجر.

و لكن من المقطوع من القرائن ان غرضهم فى ذلک ليس هو حكم المشترى و المستأجر بحيث لو نقص عنها يطالبون القيمه السوقيه و إذا زاد أو طابق الواقع فينطبق الثمن عليه ففى الحقيقه أن الثمن فى أمثال هذه المعاملات أمر كلّىّ و هو عنوان القيمه السوقيه و ما زاد الذى هو قابل الانطباق على القيمه الواقعيه و ما زاد دون الناقص عنها لخروجه عن دائره الكلى.

و نظير ذلک قد ذكرناه فى تصوير الجامع فى العبادات بين الصحيح و

الأعم و قلنا بإمكان فرض كلّيّ يكون قابل الانطباق على الكامل و الناقص و مثلنا لذلك بلفظ الكلمه الموضوعه لما يكون مركبا من حرفين و صاعدا فإنها قابل الانطباق على ما يكون مركبا من حرفين أو ثلاثه أحرف أو أزيد و أيضا مثلناه بكلمه الدار الموضوعه لعرصه المشتمله على الحائط و القبه الواحده أو أكثر فلا مانع من ان يكون الأمر فى المعامله أيضا كك، فالثمن فى مثل المعامله المذكوره هو الكلى المنطبق على القيمه السوقيه و الأكثر فيملك البائع لهذا الكلى فالروايه الشريفه تدل على هذه القضيه المتعارفه فلا وجه لرفع اليد عنها أو تأويلها على نحو يكون إسقاطا لها فيكون ح وجها لإلزام المشترى على رد الناقص لكونه أقل من القيمه التى وقع عليها البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۲

فيقع قوله (ع) فعليك، إلخ، فى موقعه و من هنا ظهر بطلان ما ذهب اليه صاحب الحدائق أيضا من حمل الروايه على القيمه السوقيه لما عرفت ان الثمن هنا كلى و هو القيمه السوقيه و ما فوقها كما لا يخفى.

و بالجمله فلو قال البائع بعتك بسعر ما بعته أو علم المشترى بأن ما اشتراه من البائع فليس ثمنه أزيد من القيمه السوقيه فهى مضبوطه فى السوق و أن لم يعلم هو بالقيمه تفصيلا فلا دليل على فساد هذا البيع للجهاله، فإنها ليست على نحو تكون موجبه لعدم العلم، بأن الثمن أو المثمن مال أو ليس بمال أقل أو أكثر، على نحو يوجب الخطر بحيث يتوقف العقلاء أيضا فى اعتباره بيعا و ان كان هذا أيضا محل تأمل فإنه لا دليل على هذا و أنه بدون المنشئه الّا أن يكون هنا إجماع على

البطلان فما عن الإسكافى من صحه البيع إذا قال البائع بعتك بعسر ما بعته فى غايه المتانه، و لكن

قوله و يكون للمشترى الخيار

لا وجه له فإنه ان كان البيع غرريا فيكون باطلا فليس له خيار و ان لم يكن غرريا فيصحّ و أيضا ليس له خيار كما هو واضح.

الكلام فى اشتراط العلم بالمثمن

اشاره

قوله: مسأله: العلم بقدر المثمن كالثمن شرط بإجماع علمائنا.

أقول: اعتبروا العلماء العلم بمقدار المثمن بلا خلاف فلو باع ما لا يعلم أنه أى مقدار فلا يجوز إلّا إذا كان الجهل على نحو لا يضرّ كما إذا علم البائع بالمبيع و يبيعه على القيمه السوقيه و يعلم المشترى أيضا أنه ما يشتريه على النحو المتعارف فى السوق فإنه لا وجه هنا للبطلان إلّا إذا كان هنا إجماع على البطلان

و تحقيق الكلام هنا فى جهتين

الاولى فى اعتبار العلم بالمكيل و الموزون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۳

أما الأولى فالدليل عليه الوجوه المتقدمه المذكوره لاعتبار القدره على التسليم و كون الجهاله و الغرر موجبا للبطلان و قد عرفت الكلام فيها و ما يرد عليها و يمكن الاستدلال عليه أيضا بتقرير الامام (ع) على عدم الجواز البيع جزافا فى صحيحه «۱» الحلبى عن أبى عبد اللّه عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيل ثم يعد ما فيه ثم يكال على حساب ما بقى من العدد قال لا بأس فإن الظاهر من السؤال أن السائل اعتقد عدم جواز البيع جزافا و أنه كان من المرتكزات عنده و عند العرف، و لذا سأل عن جواز الكيل فى المعدود و قد قرّر الامام (ع) اعتقاده و لم ينبه على جواز البيع جزافا كما نبّه على جواز البيع بالكيل فى المعدود فيعلم من ذلك أن البيع جزافا لا يجوز، و الاستدلال بها أتم و أحسن من دليل نفى الغرر و نحوه و اما الثمن فهو كالمثمن للقطع بعدم الفرق بينهما.

و أما الجهه الثانيه فالمشهور بل المجمع عليه اعتبار الوزن أو الكيل فى المكيل و الموزون

اشاره

فلو باع جزافا لا يصحّ حتى مع عدم الغرر كما إذا كان مقدارا من الحنطه مثلا فى أحد طرفى الميزان و مقدار من الأرز فى

الطرف الأخر الذى يساوى الحنطه فباع أحدهما بالاخر و لكن لا يعلم أنه أى مقدار فإنه لا يجوز ذلك فتدل عليه الروايات المعتبره.

منها صحيحه «۲» الحلبى

فى رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم و ان صاحبه قال للمشترى ابتع منى من هذا العدل الأخر بغير كيل فان فيه مثل ما فى الأخر الذى ابتعت قال لا يصلح الّا بكيل قال و ما كان

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۹.

(۲) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۴.

من طعاما سميت فيه كيلا، فإنه لا يصلح مجازفه هذا مما يكره من بيع الطعام و فى روايه الفقيه فلا يصح بيعه مجازفه و المطلب واحد.

فالظاهر من هذه الروايه المباركه أنه لا يجوز البيع فى المكيل و الموزون مجازفه و جزافا، و لكن أشكل عليها بوجهين، الأول بالإجمال، بمعنى أنه ما معنى قوله (ع) و ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا، فان ظاهره التنويع و أن الطعام على قسمين أحدهما يعتبر فيه الكيل و الأخر لا يعتبر فيه الكيل، و الحال أن جميع الطعام من سنخ واحد فان اعتبر الكيل فهو فى جميعه و الّا فككك و أيضا فذيل الروايه ظاهر فى كون ذلك مكروها و هولا يضر بالمعامله.

الثانى: أن الروايه مشتمله على ما لم يلتزم به احد و هو عدم تصديق البائع و ليس ككك فإنه يصدق فى اخباره بالمبيع نصّا و فتوى أمّا الأول فيرد عليه أن المراد من الكراهه ما ذكره المصنف من أنها فى الروايات أعم من

الكراهه المصلحه فلا يعارض بظهور لا يصلح و لا يصح فى الفساد على أن الكراهه بمعنى الحرمه أيضا لا يعارضه لعدم الملازم بين حكم الوضعى و التكليفى.

و أما قوله ما سمّيت من الطعام فليس تنويعا بل ذكره من جهه الاشعار إلى عله الحكم و وجه اعتبار الوزن و الكيل فى الطعام من أنه من جهه بطلان المعامله فيه بدون ذلك لاعتبار الكيل فيه و لكونه طريقا الى وزنه و مقداره فإنه لو ترك ذلك القيد فاحتمل أن بطلان المعامله فى المكيل من جهه آخر من التعبد و نحوه لا من جهه طريقيه الكيل الى مقدار الواقعى و إخراجه عن الغرريه كما لا يخفى.

و أما الإشكال الثانى أن تصديق البائع و ان كان مسلما كما سيأتى فى الروايات الاتيه و لكن ذلك انما يكون إذا أخبر عن الكيل بان يقول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۵

أنا كلت ذلك كما هو المتعارف فى اليوم فى البقالين و العطارين حيث يوزنون الأشياء لسهوله البيع عنده فيخبرون عن ذلك لا الاخبار عن المتاع بالجزاف و بالحدس من غير كيل و وزن و الروايه ظاهره، بل صريحه أن اخبار البائع عن العد الأخر انما هو بالمجازفه و الحدس لا عن الوزن و الكيل فان قوله اشتر منى هذا العدل الأخر بغير كيل و كذا قوله (ع) و ما سميت فيه كيلا لا يصح مجازفه ظاهر أو صريح فيما نقول.

و منها موثقه «۱» سماعه

قال سألت عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن فقال أما ان تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن نشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشترته منه و لم تكله و لم تزنه

إذا أخذه المشترى الأول بكيل أو وزن إلخ، و هى أيضا تدل على اعتبار الكيل و الوزن فى الطعام و على كفايه اخبار البائع بالوزن و الكيل.

ثم انه يقع الكلام فى أن اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون فى جميع الموارد أو مختص ببعضها

اشاره

و تنقيح هذا البحث يتوقف على البحث فى أن الغرر المنفى فى البيع هل هو شخصى أو نوعى فعلى الأول يختص الحكم بمورد وجود الغرر فعلا و على الثانى فيعم جميع الموارد فلا يجوز البيع جزافا و ان لم يكن فيه غرر و أيضا يتوقف البحث فى ان ما ورد التخصيص على عمومات صحّه البيع باعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون هل هو يجرى فى جميع الموارد أو يؤخذ منه المقدار المتيقن فيتمسک فى البقيه بالعمومات و كيف كان يختلف البحث فى المقام باختلاف مدرک الحكم.

أما إذا كان المدرک على اعتبار العلم بالمبيع هو دليل نفى الغرر

---

(١) وسائل: ج ١٢، ص ٢٥٧.

فلا بد و ان ينظر إليه فإن كان المستفاد منه أن الغرر علّه لبطلان البيع فيكون الحكم بالبطلان مختصّا بموارد الغرر الفعلى فيكون المنفى هو شخص الغرر و عليه فيصحّ بيع المكيل و الموزون جزافا إذا لم يكن فيه غرر كما إذا وضع مقدارا من الحنطه على احد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الأخر فيبدل أحدهما بالاخر فإنه لا غرر فيه قطعا و ان كان مقدار العوضين مجهولا و كذا لو كان شى ء من المكيل و الموزون لا يوزن فى الخارج اما لقلته كحبه من الحنطه و مقدار حصه من الدهن و هكذا أو لثقله كزبر من الحديد فإنه لا غرر فى أمثال ذلک مع كون مقدار المثمن مجهولا و هذا نظير كون الحرج و

الضـرر مـأخوذ اين فى الأحكـام الحرجيه بعنوان العله فـإنه يكون الحكم بهـا تابعا لوجود الموضوع الشخصـى فلا يرتفع فى غيره المنتفى عنه الحرج و الضرر.

و ان كـان المسـتفاد من دليـل نفى الغرر كونه حكمه للحكم بالبطلان فيكون باطلا فى الموارد المـذكوره و ان لم يكن فيها غرر شخصـى فـإنه لوحـظ فى المبيع بعنوان الحكمه للحكم فلا يلزم وجودهـا فى جميع الموارد ككون اختلاط المياه حكمه لتشـريع العده و تعفن الإبطين حكمه لتشـريع وجوب غسل الجمعه و كون المشـقه حكمه فى عدم وجوب السواك و كون الحرج حكمه فى عـدم جعـل النجاسه على الحديـد فان هـذه الأمور بأجمعها لوحظت حكمه للتشـريع فلا يلزم وجودها فى جميع الموارد و فى المقـام أن نفى الغرر حكمه لحكم الشـارع ببطلان المعامله التى كان العوضـين فيها مجهولا و لكن إذا لم يكن غرر فى مورد أو موارد كمـا تقـدم مع جهـاله العوضـين فلا وجه للحكم بصـحه المعـامله بل يحكم أيضا بالبطلان لعـدم لزوم التسـريه فى حكمه الاحكام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۷

و لكن الظـاهر أن النزاع فى أن الغرر المنفى فى دليل نفى الغرر شخصـى أو نوعى ليس له منشأ أصـلا فإن هـذا النزاع انما يجرى فيما إذا كان ذلك العنوان المتنازع فيه متعلقا للحكم و موقوفا عليه فى لسان الأدله من غير أن يكون لنفس العنوان المـذكور فيها موضوعيه للحكم و هذا كثبوت الحرمه للخمر فإنه ليس لعنوان الخمر موضوعيه لثبوت الحكم له بحيث يدور الحكم مدار صدق الاسم حتى لو كان الحبر مسـمى بالخمر فتشـمل عليه أدله حرمه الخمر و انما التحريم ثبت لها لكونها مسـكره كما فى عـده من الروايات الداله على أن الخمر انما حرمت

لعاقبتها و لإسكارها لا لاسمها و ما كانت عاقبته عاقبه الخمر فهو حرام و على هذا فيصح البحث فى أن الإسكار حكمه أو عله و هكذا فى كل مورد علّل ثبوت الحكم بشى ء آخر كجعل العده المعلل باختلاط المياه و نحوه.

و أما فيما يكون العنوان المأخوذ فى الأدله بنفسه موضوعا للحكم فلا مجال للنزاع المذكور و مقامنا من هذا القبيل فان عنوان الغرر كعنوان الضرر و الحرج بنفسه موضوع للحكم ببطلان المعامله الغرريه فيكون نظير العلّه من حيث دوران الحكم مداره وجودا و عدما على نحو القضيه الحقيقيه ففى كل مورد ثبت الغرر فيوجب بطلان البيع و الّا فلا فان عنوان الغرر مأخوذ فى النبوى بعنوان القضيه الحقيقيه فيكون صدقها تابعا بتحقق الغرر الشخصى فى الخارج فلا مجال لتوهم بطلان البيع فيما إذا كان العوضين أو أحدهما مجهولا و لكن لم يكن فيه غرر كما فى الموارد التى ذكرناها.

فهل يتوهم فقيه أو متفقه بل عوام انه إذا كان التوضى حرجا على جميع الناس لبروده الهواء الّا لشخص واحد لحراره مزاجه فيكون وجوب الوضوء مرتفعا عنه لكونه حرجا على نوع الناس و ليس كك قطعا و كك المقام و هذا ميزان كلّىّ و قد ذكرنا هذه الكبرى الكليه فى غير موارد البحث عن الحكمه و العله و عدمه فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۸

غير واحد من المباحث.

و أما إذا كان المدرك هى الأخبار الوارد فى اعتبار الكيل فى المثمن فليس فيها لفظ الغرر حتى نتكلم فى ذلك كدليل نفى الغرر بل لسانها اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون و هل تدل على اعتبار الكيل فى المكيل و الموزون مطلقا، و ان كان

الجهل لا يوجب الغرر فى بعض الموارد كما إذا كان للمتبايعين حدس قوىّ يعيّنان مقدار المكيل و الموزون بالتخمين بحيث لا يتخلف الاـ نادرا و بالمقدار القليل أو كان مقدار واحد منهما يساوى الأخر فى المقدار و لكن لا يعلمان مقدارهما الواقعى أو كان قليلا بحيث لا يعد فى العرف من المكيل و الموزون أصلا كحبه من الحنطه أو مقدار قليل من الدهن أو كان ثقيلا لا يمكن وزنه كزبر من الحديد.

أو أنه لا يعتبر الكيل و الوزن الا فيما كانت الجهاله موجبه للغرر أو يفصّل بينما كان التقدير على نحو يكون معينا لمقدار المبيع فيلتزم بصحه و بينما لاـ يكون كذلك فيلتزم بالفساد الظاهر هو الثانى و توضيح ذلك أنه لم يرد فى تلك الروايات لفظ الغرر حتى نتكلم فى أنه بأى كيفيه حتى نبحث فيه كما عرفت، بل هى داله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون و على هذا فلا يصحّ بيع مقدار من المكيل بمقدار آخر منه يساويه، إذ المستفاد أنه لا بد من معرفه مقدار المكيل و الموزون سواء كانت الجهاله موجبه للغرر أم لا، فإنه لم يرد فيها لفظ الغرر لنبحث عنه.

و أما إذا عينا العوضين بالحدس القوى و التخمين الذى لا يتخلف الّا قليل فيصح البيع، ح فإنه من مصاديق الكيل و الوزن فان اعتبارهما ليس من جهه أن لهما موضوعيه، بل من جهه كونهما طريقا الى الواقع و الى تعيين مقدار العوضين و الحدس القوى أيضا مما يعين المقدار كالكيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۲۹

و الوزن و على هذا فيلتزم بصحه البيع بالتخمين و هذا نظير أخبار البينه على ان هذا المتاع قد

كيـل أو وزن فهـل يتوهم أحـد بعـدم اعتبـار ذلـك من جهه عـدم تحقق الكيـل و الوزن فيتمسك بالعمومات الـداله على صـحه المعامله و أما الأشـياء التى لا يعد فى العرف من المكيل و الموزون فالظاهر عدم اعتبار الكيل و الوزن فيها لخروجها عن المكيل و الموزون تخصـصا فى نظر العرف فـإن الاخبـار لا تـدلّ الّا على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون لا على اعتبارهما فى جنس المكيل و الموزون كما فى الربا، و من الواضـح أن الأمور المـذكوره ليست من المكيل و الموزون فى نظر العرف، بل من جنسـهما فلاـ تشـملها تلـك الأـدله و اذن يفرق بين المقام و بين جريان الربا فى المكيل و الموزون فإن أدله حرمه الربا تـدل على جريانه فى جنس المكيل و الموزون سواء كان قليلا أو كثيرا و موزونا فى نظر العرف أم لم يكن كـذلك كما هو واضح لا يخفى.

و من هـذا القبيـل النقود الرائجه فعلاـ فإنهـا و ان كـانت من جنس الموزون و يجرى فيه الربـا و لكن لاـ يعتبر فيها الوزن فى مقام المعامله، بل هى من المعدود كما هو واضح.

و يؤيـده بـل يـدل عليه أنه لو باع أحـد ماله بـدرهم فظهر أنه ناقص من سائر الـدراهم بحبّه أو حبّتين فلا يبطل البيع لأجل جهاله الثمن و لا أنه يقسط المبيع و يلتزم بالصـحه بما قابل الـدرهم و بالفساد بالمقدار الناقص كما أن المعامله بالدنانير الفعليه التى من القرطاس صـحيحه و ان كان بعضـها ممزّقا ما لم يضـرّ بالرواج فلا يشك أحـد أن المزق عيب فيه فيعلم من جميع ذلك ان النظر فى النقود و الأثمان إلى الرواج لا الى واقعها و أنها

من أى جنس بل يكون للبائع تبديل ذلك الدرهم بدرهم آخر لو كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۰

الثمن كلّى الدراهم و يكون له الخيار و مطالبه التفاوت إذا كان شخصيا بل السيره القطعيه قائمه على المعامله بالنقود المسكوكه معامله المعدودات، و لا يشك أحد فى ذلك، بل لا يلتفتون اليه و كونها مكيله أو موزونه، بل و لا يعلم الناس أجمع أو أكثرهم مقدار الدراهم المسكوكه الرائجه إلا إذا كان بحسب الأصل مسكوكا على ميزان خاص و مشتهرا بين الناس كالقرانات السابقه فى الايران و بالجمله لا نحتمل أن يشك أحد فى كون الدراهم و الدنانير الرائجه من قبيل المعدودات و يدل على ما ذكرناه من كون النقود من المعدودات صحيحه «۱» ابن عبد الرحمن قال قلت لأبى عبد اللّه (ع) أشترى الشى ء بالدراهم فاعطى الناقص الحبه و الحبتين قال لا حتى تبيّنه ثم قال الّا أن يكون هذه الدراهم الأوضاحيه التى تكون وعدنا عددا.

فإنها صريحه فى كون الدراهم من المعدودات و أما النهى عن إعطاء الناقص فليس من جهه الجهاله، بل من جهه الغش و قد تقدم أنه حرام فى المعاملات.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان النقود المضروبه من الفلزات ليست من الموزون، و ان كانت من جنسها فلا يعتبر فيها الوزن و لا يضرّ الجهل بها بصحّه المعامله و لا يقاس المقام بالربا فإنه يجرى فى كل جنس يكون من المكيل و الموزون.

ثم أن الظاهر بل الواقع أنه لا يعتبر فى الكيل و الوزن المعتبرين فى الروايات الّا العلم بقدرهما إجمالا بحيث لا يكونان مجهولين بالكليه كبيع المكيل و الموزون بالصخره المجهوله فإنه يبطل بحكم تلك الروايات

---

(۱) وسائل: ج ۱۲

ص ۴۷۳، حد ۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۱

لكونها مجهوله محضه فيكفى معرفه الوزن و الكيل إجمالا- فى صحه المعامله بحيث لا- تكون المعامله فى العرف مجهوله العوضين و الوجه فى ذلك أنه لا- نعلمه من ادعى حقيقه الأوزان و المكيال تفصيلا لعدم انضباطها فى الخارج تحقيقا حتى الأوزان الدارجه المضبوطه بالقرام و الأوزان القديمه المضبوطه بالمثاقيل فإنها تنتهى بالآخره إلى مرتبه مجهوله، بل لا يعلم بها أهل العرف على النحو المضبوطه قبل انتهائها إلى الميزان الأصلى من القرام و المثقال حتى يكون مجهولا فى أصل الماده فإن نوع أهل العرف لا يدرون أن الحقه أى مقدار و أن الكيلو أى مقدار، بل لا يلتفت كثيرون بالمثقال و القرام كما هو واضح، بل يستحيل معرفه الأوزان على التفصيل لعدم إمكان معرفه حقائق الأشياء لغير علّام الغيوب فالعلم بحقيقه الوزن على التفصيل يستلزم العلم بحقيقه الأشياء و قد قلنا أنه لا يمكن لغير علّام الغيوب و هذا واضح جدا.

ثم انه اعتبار الوزن و الكيل فى الروايات طريق إلى معرفه المكيل و الموزون، فإنه لا شبهه فى أنه لا موضوعيه لهما قطعا و عليه فلا- بد و أن يكون كل من المتبايعين عالمين بالوزن الذى يوزن به المبيع و يعين حين اشتراك الاسم بكون المراد منه أى وزن فإنه ربما يكون الأوزان المتعدده مسماه باسم واحد فيتخيل المشترى منه الوزن المنسوب الى فلان و كان نظر البائع إلى غيره فيكون المبيع مجهولا فتبطل المعامله للجهاله و مثاله أن الحقه اسم للاوزان المتعدده فإذا كان نظر البائع إلى حقه العطارى و هى حقه الإسلامبول و كان نظر المشترى الى حقه النجف فتعاملا على ذلك فتكون المعامله باطله

بلاـ شبهه، و کـذا المن فإنه مشترک بین التبریز و الشاهی و النجف و غیرها فإذا باع منّا من الحنطه بـدرهم و تخیّل المشتری أنه من

النجف الذی ستّ حقق و کان نظر البائع الی من التبریز مثلا فإنه تبطل المعامله للجهاله، بل ربما کان لبلده واحده أو قریه واحده وزن خاص فلا بدّ من التعیین حتی لا تکون المعامله مجهوله.

و بـالجمله فـالغرض من اعتبار الوزن و الکیل لیس مجرد وزن الموزون و کیل المکیل سواء علم المتبایعان بالحال أم لا، إذ لیس لهما موضوعیه أصلا، بل الغرض معرفه مقدار الثمن و المثمن إذا کانا من المکیل و الموزون و الوزن و الکیل طریقان الی الواقع و علی هـذا فالمناط فی صـحه بیع المکیل و الموزون معرفه مقـدارهما الواقعی، و علی هـذا فیصحّ بیعهما بغیر الوزن و الکیل إذا علمـا بهمـا بغیر الوزن و الکیـل کالحـدس القوی کمـا عرفت و یبطل البیع مع عـدم العلم بالواقع حتی مع الوزن و الکیل إذا کانا مجهولین.

أما الکلام فی المعدود

فالحکم فیه مثل الحکم فی المکیل و الموزون، بلا خلاف ظاهر کما فی المتن فلا بـد من اعتبار العـدّ فحیث ان الغرض به معرفه مقـدار المعـدود فیکفی فیه غیر العـدّ أیضا من الکیل و الوزن و الحـدس القویّ الغیر المتخلّف کثیرا و یـدلّ علی اعتبار العـدّ فی المعـدود و قیام غیره مقامه خبر الجواز الاتی الـذی ذکرناه فی اعتبار العلم بالمثمن أیضا ثم أنه لا یهمّنا التکلم فی ان المیزان فی المعدود و الموزون أی شـی ء لعدم انضباطه و لترتب الفائده علیه و مع ذلک سیأتی الکلام علیه، و الظاهر أنه أمر عرفی یختلف باختلافهم

و مثـل الباذنجان من المعـدود كما فى بعض بلاد إيران، و من الموزون فى العراق و مثل البرتقال و الليمو من الموزون فى بعض البلاد و من المعدود فى بعضـها الأخر و كذا الجوز و هكذا و هكذا فلا بدّ فى ذلك من الرجوع الى عرف المحل و البلد كما لا يخفى.

و اما المزروع فان قلنا بأن الروايات التى اعتبر الكيل و الوزن فى المكيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۳

و الموزون من جهه الطريق الى الواقع و لزوم تقديرين الثمن و المثمن فى المعامله من غير خصوصـيه فى المكيل و الموزون و لا فى التقديره بالكيل و الوزن كما هو الظاهر فنتعدى الى كل شـى ء و نحكم بلزوم تقدير فى المعامله و اذن فيجب تقدير المزروع بالزرع و نحوه و يدل على ذلك التقدير فى روايه الجوز «۱» الاتيه.

و ان قلنـا بـأنه لاـ يسـتفاد من تلـك الروايـات التعميم بـل لا بـد من الاقتصار بالمورد و أيضا لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المـدعى على لزوم تقـدير الثمن و المثمن كما لم يتم دليل نفى الغرر و لا الإجماع المدعى على لزوم تقدير الثمن و المثمن كما لم يتم و اذن جاز بيع المزروع بأى نحو كان سواء كان المقدار معلوما أم لا كما لا يخفى.

قوله: مسأله لو قلنا بأن المناط فى اعتبار تقدير المبيع فى المكيل و الموزون.

اشاره

أقول: بعـد مـا عرفت اعتبـار الكيـل فى المكيـل و اعتبـار الوزن فى الموزون فيقع الكلاـم فى اجزاء كـل منهما مكان الآخر و قيل بالجواز مطلقا و قيل بعـدمه كـذلك و الثالث التفصـيل و هو القول بجواز الكيل وزنا دون العكس و ليعلم أنه إذا كان المـدرك هو دليل نفى الغرر فالمدار فى صحه المعامله و فسادها

هو الغرر وجودا و عدما فان كان هنا غرر فيكون موجبا للبطلان و الّا فلا، و لا يفرق فى ذلك كون المبيع معلوما أو مجهولا كما هو واضح، فلا يقع الكلام فى كفايه كل من الوزن و الكيل فى مورد الآخر و اما الكلام فى المقام مع قطع النظر عن دليل الغرر و بلحاظ الأخبار الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن فنقول أما القول بالجواز مطلقا نسب الى الشهيد فى سلم

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۹.

الدروس و استدل عليه بروايه «۱» وهب عن الصادق (ع) قال: لا بأس بالسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند.

و ثانيا: ما ذكره المصنف و تبعه شيخنا الأستاذ من كون الروايه راجعه إلى جعل ثمن المكيل موزونا و ثمن الموزون مكيلا لا الى جريان كل منهما فى الأخر فلا يكون مدركا للجواز.

ثم انه لا شبهه فى ان لكل من الوزن و الكيل دخلا فى ماليه الأشياء المكيله أو الموزونه و أن يختلف قيمه الأشياء باختلاف الوزن و الكيل، و عليه فإذا كان لحجم الشى ء دخل فى الماليه لا يكفى الوزن عن الكيل، بل لا يعلم به أن ما يكون ماليته بالكيل أى مقدار مثلا لو كان بيع الأجر بالكيل فيعلم أن المقدار الفلانى من الأجر له ماليه كذا و لكن إذا وزن و لم يعلم انه أى مقدار من الوزن يساوى بذلك المقدار حتى يعلم أن له هذا المقدار من الماليه و هذه الكبرى الكليه مستفاده من الاخبار الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن.

و ربما يقال بجواز بيع كل منهما بالاخر لقوله «۲» (عليه

السلام): و ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يجوز بيعه فى زقه فان بيع الكيل بالوزن ليس من بيع الجزاف لكون الوزن طريقا اليه بل هو الأصل فى تقدير الوزان.

و فيه قد عرفت أن الكيل و الوزن دخلا فى ماليه الأشياء فما كانت ماليته بالكيل لا يجوز بيعه بالوزن لعدم ارتفاع الجهاله به كما عرفت.

---

(۱) وسائل: ج ۱۳، ص ۶۳، باب ۷، حد ۱.

(۲) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۴، باب ۴، حد ۲.

و قد يستدل عليه بموثقه «۱» سماعه قال سألته عن شراء الطعام و ما يكال و يوزن بغير كيل و لا وزن، فقال: أما أن تأتى رجلا فى طعام قد كيل و وزن تشترى منه مرابحه فلا بأس ان اشتريته منه، و لم تكله و لم تزنه إذا كان المشترى الأول قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنى أربحك كذا و كذا و قد رضيت بكيلك و وزنك فلا بأس.

و فيه انه لا دلاله فى الروايه على ذلك، فان الظاهر من الروايه أن إتيان الكيل و الوزن على سبيل اللّفّ و النّشر و كان نظر الامام (ع) الى اعتبار كل من الوزن و الكيل فى كلّ من الوزن و الكيل و ليس نظره (ع) الى كفايه كل منهما عن الأخر و يؤيد ذلك التعبير بلفظ أو فى ذيل الروايه فيكون الظاهر من الروايه أن كلّ من الكيل و الوزن معتبر فى كل من المكيل و الموزون فمفهوم القضيه الشرطيه أنه إذا لم تشتر المكيل بكيل و الموزون بالوزن فيكون باطلا فإطلاق المفهوم شامل لبيع المكيل بالوزن و بيع الموزون بالكيل فيحكم

بعدم الجواز و يقرّب ما ذكرناه من اللّف و النّشر أنه (ع) عطف الوزن على الكيل بقوله (عليه السلام) فى طعام قد كيل و وزن إذ ليس من المحتمل اعتبارهما معا فى المكيل و الموزون.

و بالجمله الظاهر من الروايه أن الوزن و الكيل كل منهما دخيل فى ماليه المكيل و الموزون فلا يكفى الكيل بالوزن و كك العكس.

و أما القول بالتفصيل فاختاره المصنف (ره) و قال: بكفايه الوزن فى المكيل و بعدم كفايه الكيل فى الموزون بدعوى أن الوزن أصل الكيل و أضبط و انما عدل إليه فى المكيلات تسهيلا فلا مانع من القول بكفايه الوزن

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۷، حد ۷.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۶

عن الكيل بخلاف العكس لكونه فرعا على الوزن.

و فيه قد عرفت أن الظاهر من الموثقه هو اعتبار كل من الوزن و الكيل فى المكيل و الموزون على سبيل اللّفّ و النّشر و أن كل منهما على نحو الاستقلال دخيل فى ماليه كل من المكيل و الموزون بحيث ربما تضطرّ بماليه المكيل بانعدام الكيل و ان كان يوزن بالوزن كما مرّ فى مثال الأجر و كذلك العكس و ليس كل ما يكال يكون معلوم الماليه بالوزن عند العرف، و كذا العكس.

و ما ذكره من أن الأصل فى تعيين مقادير الأشياء هو الوزن و انما جعل الكيل طريقا اليه تسهيلا فهو كذلك، و لكن لا يعلم أنه أى وزن كان أصلا و أن كيل كان طريقا له مع اختلاف الأوزان باختلاف الممالك و البلاد بل فى بلده واحده أوزان مختلفه فإذا فرضنا أن متاعا يباع بالكيل فقط و يعلم حجمه و مقدار ماليته تفصيلا بحيث لا يلتفت اليه

العرف الّا بالكيل و إذا بيع بالوزن لكونه أصلا فى تعيين المقدار فلا يعلم أن أى مقدار من المتاع وقع مقابل أى مقدار من الثمن مثلا إذا فرضنا أن أحدا باع دارا بالوزن بمعنى أنه باع الأجر و الجص بوزن معين أن يجعل هذا المقدار دارا بمبلغ معيّن الى أن يخلص هذا المقدار مع أنه لا يعلم المشترى أى مقدار من المثمن قد حصله فإنه لا يدرى أن هذه المصاح تصير قبه أو قبتين و هكذا فى كل مورد اعتبر المبيع بالكيل فباعه البائع بالوزن و يصحّ ما ذكرناه بملاحظه ما وقع الاختلاف الكثر فى الأوزان بحيث من جرّب يعلم أن وزن بقالين لا يتساويان و على هذا فالقول بعدم الجواز مطلقا أوجه الّا أن يكون الكيل طريقا الى الوزن فحينئذ يتّجه كلام المصنف بان كان الوزن صعبا خصوصا فى الموازين القديمه فح يوزن كيل واحد و يحاسب الباقى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۷

على حسابه و يدل على ذلک روايه «۱» عبد الملک بن عمرو قال: قلت لأبى عبد اللّه (ع) اشترى مأه راويه من زيت، فاعترض راويه أو اثنين فانتزنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلک، قال لا بأس فإنه يجعل الوزن ح طريقا الى الكيل مع العلم بأن الكيل أى مقدار من الوزن فلا يقاس ذلک بغير ما جعل الكيل طريقا ففى هنا يتجه ما ذكره من ان الوزن أصل فى تعيين المقادير كما لا يخفى.

فإنه ح يحصل الاطمئنان بالمقدار نظير تعيين المبيع بالحدس القوى أو بالبينه أو تصديق البائع فى اخباره عن الكيل و الوزن فان فى ذلک كله يحصل الاطمئنان بالواقع و بمقدار المثمن.

و على هذا فلا يفرق فيما

يظهر التفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح فان فى كلا الموردين قد حصل الاطمئنان بالمقدار و يجعل الكيل طريقا الى التعيين غـايه الأـمر فـإذا ظهر التفـاوت بمـا لاـ يتسامـح كأن ظهر فى مأه روايه التى مائه أمنان مثلا التفاوت بعشـره أمنان فيكون للمشترى الخيار.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما أشكل به شيخنا الأستاذ على المصنف حيث قال و أما إذا لم يكن طريقا مضبوطا اليه بل يتخلّف بما لا يتسامح فيه فلا معنى لجواز جعله طريقا و البناء على ذلك المقدار لأن البناء عليه لا يخرجه عن الجهاله و الّا لصح بيع الموزون مشاهده مع البناء على أنه مقدار خاصّ و حاصل الكلام أن نيّه كون شـى ء طريقا أو لحاظ كونه أصـلا أو البناء على كونه مقدّرا بمقدار خاصّ و نحو ذلك من الأمور البنائيه و القلبيه لا أساس لها فى باب المعاملات.

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۵، باب ۵، حد ۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۸

و وجه الضـعف أنه ليس كون الكيل طريقا الى الوزن مع الاطمئنان بالمقـدار المعين الواقعى سواء ظهر فيه تفاوت بما يتسامح أو بما لا يتسامح من قبيل مجرّد البناء على ذلك المقدار فليس لهذا الاشكال وجه أصلا.

[معامله الموزون بوزن معلوم عند أحد المتبايعين]

قوله: ثم انه قـد علم ممـا ذكرنـاه أنه لو وقعت معـامله الموزون بعنوان معلوم عنـد أحـد المتبـايعين دون الآخر كالحقه و الرطل و الوزنه باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم غير جائز.

أقول: حاصـل مـا ذكره أنه لو كـان الوزن أو الكيـل معلومـا عنـد أحـد المتعـاملين دون الأـخر كـالحقه و الرطـل و المن و الوزنه باصطلاح أهل العراق مع عدم معرفه غيرهم بها خصوصا الأعاجم فهو

غير جائز فإنه لا يصدق فى العيار مجرد صدق أحد هذه العناوين عليه فان ذلك ليس الّا كوضع الصخره الغير المعلومه على الميزان و الوزن لها.

أقول: الظاهر أنه غير تمام لما ذكرناه سابقا من كفايه العلم الإجمالى بالوزن و لو بمشاهدته أن هذا حقه أو وزنه أو غيرهما و أن كل حقه من الأرز مثلا بقيمه كذا بحيث يرى المشترى ذلك و يعامل على طبق هذا الموجود الخارجى بحيث يصدق أن بيع هذا الطعام ليس بمجازفه، بل بيع بالوزن أو الكيل و ان لم يعلم أحدهما مقدار الوزن تحقيقا و على جرت السيره القطعيه حيث يرد المسافر على بلد و شرى منهم المتاع من غير معرفه مقدار وزنهم تفصيلا بل يعلم إجمالا ان هذا الوزن المشاهد مقابله من المتاع بقيمه كذا و هكذا بل لا يعرف الموازين تفصيلا حتى مرتبه نازله من التفصيل الحقيقى بحيث يكون فيه تسامح قليل شخص البلدى، بل شخص من بيده الميزان فان البقال يعرف أن هذه وقعيه أو حقه أو وزنه و أما أن كل منها أىّ مقدار من المثقال أو القرام فلا يعرفه هو أيضا، بل لو عرفه و بالأخره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۳۹

يصل الى مرتبه لا يعلم أنه أى مقدار كالمثقال و القرام.

و بالجمله لا وجه لما قاله المصنف من عدم كفايه الوزن مع علم أحدهما دون الأخر كاوزان العراق و على هذا فيصح معامله الزوار الذين يجيئون الاعتبارات المقدسه و يعاملون مع أهلهم باوزان لا يعرفون مقدارها.

نعم قد تقدم سابقا بطلان المعامله فى صوره واحده و هو أن يبيع كليّا مثلا من الحنطه و نحوه على حساب كل من بدرهم أو كل حقه بدرهم

فلا يعرف من الوزن الّا اسمه فقط، من غير علم به بالمشاهده و نحوها فتكون باطله لكونها معامله جزافيه و هذا غير ما ذكرناه.

و بالجمله المدار فى صحه بيع الموزون و المكيل الذى فرضنا من الروايه هو صدق البيع بالوزن أو الكيل بحيث يعرف كل منهما أنه كيل أو وزن و أما معرفتهما تفصيلا فليس لها فى الروايات عين و لا أثر كما هو واضح، فافهم.

و أما المعدود فالكلام فيه بعينه مثل كلام فى المكيل و الموزون

فبالنسبه إلى أصل اعتبار العدد فى المعدود قد تقدم الكلام فيه و قلنا أن صحيحه الحلبى «۱» عن ابى عبد اللّه (ع) يدل على ذلك حيث سئل عن الجواز لا نستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به، فان الظاهر منها أن اعتبار العدد فى المعدود مفروغ عنه و انما سأل السائل عن كون الكيل طريقا اليه أو انه لا يكال، بل للعدّ موضوعيه فى المعدود و أيضا يدل بالتقرير على جواز كيل المعدود و بيعه و وزنه و ليس للعدّ موضوعيه فى ذلك و هذا لا اشكال فيه أيضا.

و لكن بقى فى الروايه شى ء و هو ان التقرير لكفايه الكيل عن العدّ و

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۹.

ان كان مسلما و لكن الظاهر من الروايه اختصاصه بصوره الاضطرار، حيث سئل السائل عن ذلك عند عدم الاستطاعه فلا يجوز فى غير حال الضروره.

و فيه أن الروايه و تقريره (ع) غير متوجه الى فرض القدره من العدد فإنه ليس مفروض السائل فإنه مع التمكن لم يكن له داعى لبيع المعدود بالكيل، بل كان يبيعه بالعدّ و لذا سأل عن صوره

عـدم القدره و هذا لا يدل ان بيع المعدود بالكيل أو الوزن لا يجوز، بل يجوز مع كونه طريقا اليه كما هو واضح للعلم بان الكيل و الوزن و العـدّ ليس لهـا موضوعيه بحيث لو أخبر المعصوم به أو قـامت البينه على التعيين أو علما بالحـدس القوى لكان باطلا و على هـذا فتمسك بالعمومات فى غير ما لم يثبت فيه قيد خاص هذا فيما كان الكيل أو الوزن طريقا الى المعدود و اما كفايه كل منهمـا عن الأـخر اسـتقلالا فـذكر المصـنف أنه لا يجوز فى الكيل بان يبيع المعـدود بالكيل و يكفى ذلك عن العـدّ و اما الوزن فالظاهر كفايته و لم يبين وجه الفرق بينها غير أنه نقل عن ظاهر قولهم فى السلم انه لا يكفى العدّ فى المعدودات.

الظاهر انه لا وجه فى ذلك الفرق فإنك قد عرفت أن الظاهر من موثقه سماعه اعتبار كل ما يعتبر ماليته بالوزن أو الكيل و هكذا العـدّ لا يجوز بيعه بغيره فإنه من قبيل البيع مجازفه إذ لا يعلم أن مقدار ماليته التى اعتبر عليها البيع أى شـى ء، بل ربما لا يعتبرون البيع مع الجهل بالماليه فإن المسـتفاد من الروايات الـداله على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و العـدّ فى المعـدود هو ذلـك، و انما قلنا بكفايه كل منهما عن الأخر فى صوره الطريقيه لكونه موجبا لتعيّن الماليه، و بالجمله و انا قلنا أنه ليس لشـى ء منهما موضوعيه بل كل منهما طريق الى الواقع و لكن المناط كون الماليه معلومه و الّا فلا يجوز و لذا لا يجوّز كفايه كل منهما عن الأخر استقلالا كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۱

هو واضح، و

على هـذا فلا وجه لتجويز بيع المعـدود بالوزن اسـتقلالا، و الحاصل ان كان هنا طريقيه فالمناط جواز بيع المعـدود بكل ما يكون طريقا اليه فلا وجه للاختصاص بالوزن و الّا فلا يجوز أيضا مطلقا فلا وجه لاختصاص الكيل بالمنع فافهم.

قوله: بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشى ء مكيلا أو موزونا.

أقول: ذكر المشـهور أن المـدار فى كون الشـى ء مكيلا أو موزونا ما هو المتعارف فى زمان الشارع، فان ما كان مكيلا فى زمانه فمكيل الى يوم القيامه و ما كان موزونا فى زمانه فموزون الى يوم القيامه و كذلك المعدود.

و أما الأشـياء التى لم تكن فى زمانه من قبيل المكيل و الموزون، أو المعـدود فللمدار فيها ما هو المتعارف فى العرف العام، و الّا فما هو المتعارف فى كل بلد، و ذكروا ذلك أيضا فى بيان الجنس الربوى.

و لكن القول بهذا الرأى و حمل الأخبار الوارده فى المسأله عليه يسـتلزم الالتزام بأمر مسـتحيل فإنه إذا كان المدار فى كون الشى ء مكيلاـ أو موزونـا أو معـدودا هو زمـان الشـارع و زمـان الأئمه (ع) كانت القضـيه خارجيه، و عليه فما يتعارف كيله أو وزنه فى ذلك الزمان لا يدخل تحت أحد العناوين الى يوم القيامه.

و إذا كان المدار فيها متعارف كل زمان، بل كل بلد من غير توجه الى ما هو المتعارف فى زمان الشارع كانت القضـيه حقيقيه و عليه فمـا هو مكيـل فى زمان الشارع يمكن ان يكون موزونا فى زمان آخر و بالعكس، بل قـد يكون معـدودا و على هـذا فعرف كل زمان هو الميزان فى تعيين المكيل و الموزون و المعدود.

و الجمع بين الأمرين فى إنشاء واحد مستحيل فانّ النظر فى القضيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۲

الخارجيه إلى دخل الخصوصيات الخارجيه فى

الإنشاء و عدم كونه على نحو الإطلاق و لا- بشرط و النظر فى القضيه الحقيقيه إلى فرض الموضوع مفروض الوجود و جعل الحكم عليه من غير أن تكون الخصوصيات الخارجيه دخيله فى الجعل و الإنشاء، فحمل الروايات على ما ذكره المشهور حمل على أمر محال كما لا يخفى.

بل، الظاهر منها هو الثانى و أنها كسائر القضايا لسبت الا حقيقيه و تخصيصها بالقضيه الخارجيه يحتاج إلى عنايه زائده فظهور الروايات يدفعها و عليه فالميزان فى المكيل و الموزون و المعدود هو العرف فى كل زمان إلّا إذا قام إجماع أو ورد نص خاص على اعتبار الكيل مثلا فى جنس خاص كما ورد النص بجريان الربا فى الدراهم و الدنانير مطلقا و ان كانتا من المعدودات فلو باع احد درهما بدرهمين فتكون المعامله ربويّه مع أن الدراهم من المعدودات فى زماننا بل فى كل زمان كما دلّت عليه روايه ابن عبد الرحمن المتقدمه «۱».

و بالجمله أن الظاهر من قوله «۲» (ع) ما كان من طعام سمّيت فيه كيلا فلا يصلح مجازفه و كذا غيره من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون هو كون القضيه حقيقيه بحيث يكون الميزان كون الشى ء مكيلا أو موزونا فى أى زمان كان.

و الحاصل من أول المسأله المشهور بين الفقهاء أن العبره فى التقدير بزمان النبى (ص) فما كان مكيلا أو موزونا فيلحق بهما حكمهما الى

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، صفحه ۴۷۳، حد ۷.

(۲) وسائل: ج ۱۲، صفحه ۲۵۴، حد.

يوم القيامه و ما لم يتعارف وزنه أو كيله فى زمانه (ص) فالعبره فيه بما اتفق عليه البلاد و ان لم يتفق عليه

البلاد فالعبره فيه بما تعارف فى كل بلده بالنسبه إلى نفسها.

و قد ذكرنا أن هذا الذى ذكرنا ذكره المشهور مشكل، بل مستحيل فان الالتزام بأن ما تعارف فى زمان النبى (ص) كونه مكيلا أو موزونا ككّ إلى الأبد سواء خرج عن كونهما مكيلا أو موزونا أم لا، يقتضى كون القضيه خارجيه ثم الالتزام فيما لم يتعارف وزنه أو كيله فى ذلك الزمان بكون الميزان فيه العرف العام أو العرف الخاص يقتضى كون القضيه حقيقه فهما لا يجتمعان فى إنشاء واحد فان النظر فى القضيه الخارجيه الى الأفراد الخارجيه فقط، و ثبوت الحكم لها إلى الأبد أى ما دام موجودا و فى القضيه الحقيقيه إلى وجود الموضوع مطلقا و كونه مفروض الوجود بحيث أنه فى أى زمان تحقق صدق عليه حكمه و فى أى زمان خرج عن كونه مكيلا أو موزونا يرتفع عنه الحكم سواء كان مكيلا فى زمان الشارع أم لم يكن كما إذا ثبت وجوب الإكرام على العلماء فإنه يدور مدار صدق موضوع فى أى زمان وجودا و عدما فلو كان شخص عالما ثم نسى علمه يرتفع عنه وجوب الإكرام.

و على هذا فلا مناص عن حمل الروايات الوارده فى المسأله أما على القضيه الحقيقيه أو على القضيه الخارجيه، و لكن الظاهر منها كون القضيه الحقيقيه إذ لا خصوصيه للأشياء التى كانت مكيلا أو موزونا فى زمان النبى (ص) أو زمان الأئمه (ع) و انما النظر فيها الى بيان حكم كلما يتعارف فيه الكيل و الوزن و يدلّ على ذلك قوله (ع) و ما من طعام سمّيت فيه كيلا أو وزنا لا يجوز بيعه مجازفه، و عليه ما تعارف كيله أو وزنه فى زمان الشارع

ان بقى على حاله فلحقه حكمه و الّا فالمتبع فيه حكم ما صدق عليه العنوان فى كل زمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۴

بل فى كل بلد فلو كان الشى ء مكيلا أو موزونا فى بلد و معدودا فى بلد آخر فلحقه فى كل بلد حكمه على النحو المتعارف، نعم لو كان هنا نص أو إجماع تعبدى مصطلح ليكون كاشفا عن رأى المعصوم على مقاله المشهور فيلتزم به كما ورد النص بكون الدراهم و الدنانير ربويّا مطلقا و لكن الأمر ليس كك أما النص فمعدوم و أما الإجماع فغير متحقق فإن أغلب القائلين بذلك، بل كلهم عللوا كلامهم بانصراف الأدله و الروايات المتقدمه إلى زمان من صدر منه الحكم و لا يشمل غير زمانه فكشف الإجماع التعبدى من مثل هذه الكلمات من الأمور الصعبه.

فتحصل ان الميزان فى كون الشى ء مكيلا أو موزونا هو ما صدق عليه المكيل و الموزون فى أى زمان كان فإنه ح لحقه حكمه.

و من هنا ظهر أنه لو عاملا فى بلد و كان المبيع فى بلد آخر فالعبره ببدل فيه وجود المبيع كما ذكره المصنف لصدق عنوان المكيل أو الموزون أو المعدود عليه فلحقه حكمه.

و لو تعاقدا فى الصحراء رجعا الى حكم بلدهما، و لو تعاملا فى البر بين البلدين و اختلف عرفهما فى كون ذلك الشى ء من المكيل أو الموزون و شك فى لحقوه بهما فيرجع الى عمومات صحه العقد فان المقدار الثابت من المخصص انما كان مكيلا أو موزونا أو معدودا لا يجوز بيعه مجازفه و هذا المتاع الموجود فى الصحراء ليس بمكيل قطعا لعدم لحوقه بإحدى البلدين كما يكفى فى عدم المكيله عدم اللحوق و على هذا فيتمسك

بالعمومات فیحکم بصحه المعامله علیه مجازفه فلا یکون من قبیل التمسک بالعام فی الشبهه المصداقیه لعدم کون الشک فی کونه مکیلا أو موزونا و انما الشک فی اعتبار الشارع الکیل هنا و الّا فهو لیس بمکیل قطعا کما عرفت.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۵

الکلام فی الاعتماد بإخبار البائع بقدر المثمن

اشاره

قوله: مسأله: لو أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه.

أقول

تحقیق المسأله فی ضمن جهات

الاولی، أنه لا شبهه فی جواز الاعتماد علی اخبار البائع فی مقدار المبیع کیلا أو وزنا،

بل فی بعض الکلمات دعوی الإجماع علیه و قد وردت علیه أخبار عدیده کما عرفت، و لا ینافیه ما تقدم فی صحیحه «۱» الحلبی (فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بکیل معلوم و أن صاحبه قال للمشتری اتبع منع هذا العدل الأخر بغیر کیل فان فیه مثل الأخر الذی اتبعت، قال لا یصلح الا بکیل، قال و ما کان من طعام سمّیت فیه کیلا، فإنه لا یصلح مجازفه) لأن اخبار البائع فی الروایه کان مستندا الی الحدس دون الحسّ بالکیل و الاخبار عنه و قد حملها المصنف علی وجه آخر و قد عرفت عدم صحته، و الحاصل أن أصل الحکم مما لا ریب فیه.

الجهه الثانیه أن الظاهر من الروایات الداله علی جواز تصدیق البائع فی أخباره بالکیل أو الوزن هو کون الاخبار طریقا الی الواقع

بحیث یحصل الاطمئنان أو الظن المعتبر بکونه مکیلا أو موزونا و یدل علی ذلک روایه «۲» أبی العطارد و فیها قلت فأخرج الکر و الکرین، فیقول الرجل أعطیته بکیلک فقال إذا ائتمنک فلا بأس.

و مرسله «۳» ابن بکیر فی رجل سأل أبا عبد اللّه (ع) عن الرجل یشتری

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۴.

(۲) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۷، حد ۶.

(۳) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۵۶، حد ۳.

الجص فيكيل بعضه و يأخذ البقيه بغير كيل فقال (ع): اما أن يأخذ كله بتصديقه و اما أن يكيله كله.

و الروايتان و ان كانتا ضعيفتين من حيث السند و لكن لا بأس بهما فى مقام التأييد، على أنه لو لم يكن اخبار البائع هنا من باب الطريقيه فلا بد و أن يكون مأخوذا اما من باب الموضوعيه أو على نحو الاشتراط بأن كان اخباره بالمقدار شرطا فى البيع بحيث لو لم يكن كذلك يكون المشترى مختار فى

الفسخ و الإمضاء أما الأول فهو بعيد جدا فان لازمه صحه البيع بمجرّد الاخبار بقدر الثمن و ان كان المخبر ممن لا وثوق فى اخباره أصلا بحيث لا يرفع اخبار الجهاله عن المبيع و لا يخرج البيع عن الجزافيه مع أنه لا يمكن الالتزام به.

و أما الثانى فلأنه لو كان الاشتراط رافعا للجهاله و مصححا للبيع و موجبا لخروجه عن الجزافيه لكان صحيحا بدون الاخبار بأن اشتراط أنه لو كان المبيع أقل من المقدار المعين كان المشترى مختارا فى الفسخ و الإمضاء و أيضا لا يمكن الالتزام به فإن إطلاقات الروايات بطلان بيع الجزاف مع الاشتراط و عدمه كما لا يخفى و إذا فلا بد من أخذ الاخبار طريقا الى بيان مقدار المبيع بحيث يكون رافعا للجهاله و الغرر و الّا فيبطل لكونه بيع جزافي و قد تقدم أن ما كان مكيلا أو موزونا فلا يصحّ بيعه جزافا.

الجهه الثالثه: ما تبيّن الخلاف فى المبيع اما بالنقيصه أو بالزياده

اشاره

فهل يحكم بالبطلان كما احتمله فى جامع المقاصد فيما باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده أو يكون البيع صحيحا و يثبت الخيار للمشروط له ففى المقام جهات من البحث:

الجهه الاولى: فى صحه المعامله و بطلانها

و قد اختار المصنف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۷

الصحه مع الخيار، و توضيح ذلك أنا قد ذكرنا مرارا عديده أن الهيولا سواء كانت أوليه أو ثانويه فى مقابل الهيولى الاولى فتشمل الثالثه و ما فوقها نظير المقولات الثانويه المقابله للمقولات الأولويه ليست لها قيمه أصلا و انما هى بالنسبه الى جميع الأشياء حتى التراب متساويه الإقدام، بل القيمه للأشياء بحسب أوصافها الموجبه للماليه و ان كان نفس الأوصاف لا- تقابل بالمال، و انما هى واسطه لثبوت الماليه على المواد و الهيولى و على هذا فإذا تخلفت الأوصاف فى المبيع فان كانت من الأوصاف المقوّمه المعدوده فى نظر العرف من الصور النوعيه سواء كانت بالدقه أيضا من الصور النوعيه أم لا، فيكون البيع باطلا فان ما هو الموجود فى الخارج لم يبع و ما هو مبيع غير موجود فى الخارج كما إذا باع إنسانا فبان فرس أو باع عبدا فبان أنه أنثى فإن ما هو عنوان للمبيع و مقوّم له فى نظر العقل فى المثال الأول و فى نظر العرف فى المثال الثانى قد تخلف عن المبيع فيكون البيع باطلا و هكذا فى جميع موارد تخلّف العنوان عن المعنون و لو فى نظر العرف فإنهم يرون العبد مع الأمه جنسا مختلفا و ان كان فى الحقيقه جنسا واحدا، فإن الرجوله و الأنوثه من العوارض و العناوين الغير المقومه فى نظر العقل، و لكنها من العناوين المقومه فى نظر العرف.

و أما إذا كانت

الأوصاف من العناوين الغير المقومه فی نظر العرف، كوصف الكتابه و الخياطه و النجاره فی العبد فلا یكون تخلّفها موجبا لبطلان البيع و من قبيل تخلف العنوان عن المعنون فيكون البيع صحيحا مع الخيار و فی المقام أن المبيع و ان كان خمسه أمنان من الحنطه فظهر أنه ثلاثه أمنان و لكن عنوان الخمسه ليس من العناوين المقومه بحيث يفوت المبيع بالكليّه بانقضائه، بل المبيع الذی وقع عليه البيع موجودا و انما انتفی عنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۸

وصف انضمامه بالمقدار الزائد، فيكون البيع فی الحقيقه منحلا الی بيوع متعدده فإن معنی بعتك هذه الحنطه التی عشره أمنان بعشره دراهم أن كل منّ منها بدرهم غايه الأمر أن كل بيع مشروط بانضمامه الی البيع الأخر فإذا ظهرت الحنطه خمسه فيكون البيع بالنسبه إلی الخمسه باطله لما تقدم، و بالنسبه إلی الخمسه الموجوده صحيحه مع خيار تخلف الوصف و الشرط أی عنوان الانضمام.

و بالجمله أن احتمال البطلان هنا فاسد و قياس المقام بباب تخلف العنوان عن المعنون قياس مع الفارق.

الجهه الثانيه: فی أن الخيار الثابت هنا للمشتری أو للبائع هل هو خيار تخلّف الوصف

اعنی ما ذكرناه من انضمام هذا البيع ببيع الزائد عن المبيع الموجود أو خيار آخر كخيار الغبن العيب مثلا.

عبر العلامه فی القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزياده، و للمشتری مع النقيصه بقوله تخير المغبون و تخيل بعض تبعا لبعض الأخر أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فی العقد.

و أشكل عليه المصنف باندفاعه بتصريح العلامه فی هذه المسأله من التذكره بأنه لو ظهر النقصان رجع المشتری بالناقص و فی باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع علی خلاف ما

أخبر البائع تخير المشترى بين الفسخ و الإمضاء بحصه معينه من الثمن.

و أما التعبير بلفظ المغبون ليس من جهه كون النقص أو الزياده غبنا لهما اصطلاحا فإنه عباره عن التفاوت فى القيمه السوقيه، بل من جهه إراده النقص و التضرر و ان الخيار ثابت لمن نقص من ماليه ماله و حصل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۴۹

له الضرر فى هذا البيع لأجل الزياده أو النقيصه.

و بعباره أخرى أن غرض العلامه من هذا التعبير تعميم الخيار لكل من البائع فى صوره الزياده و المشترى فى صوره النقيصه و المجوّز لهذا الإطلاق هو الاعتبار بنقص ماليه ماله فى المعامله و حصول الضرر لهما و الّا فالخيار من جهه تخلّف الوصف فقط فيكون الخيار خيار تخلف الوصف و الشرط الضمنى.

و أما ما ذكره بعضهم من أن خيار الوصف انما يثبت مع التصريح بالوصف فى العقد ففيه أن هذا فى الأوصاف الخارجيه التى لا يشترط اعتبارها فى صحه البيع ككتابه العبد و خياطته و أما الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العدّ فهذا لا يحتاج الى الذكر و كذا الشروط الضمنيه كعدم تبعّض الصفقه و عدم فوات الانضمام و عدم حصول الشركه فيه الى غير ذلك من الشروط الضمينه التى اعتبرت فى المعامله بحسب بناء العقلاء و ان لم تكن مذكوره فى ضمن العقد كما هو واضح فتحصل أن الخيار هنا هو خيار تخلف الشرط دون خيار الغبن و تعبير العلامه بثبوت الخيار للمغبون لا يكون دليلا على كونه خيار غبن مع ما عرفت أن مراده تعميم الخيار للمتضرر منهما دون الغبن الاصطلاحى أعنى تفاوت القيمه السوقيه.

الجهه الثالثه: هل هذا الخيار كسائر الخيارات الحاصله من تخلف الوصف و الشرط

بحيث يكون من له الخيـار مختارا بين الفسـخ و أخـذ الثمن أو المثمن و الإمضاء بـدون أن يسـتحق باسترداد شـى ء من الثمن أو المثمن أو أنه على غير النسق المـذكور و انمـا يسـتحق من الخيار استرداد جزء من الثمن أو المثمن و الظاهر أن خيار التخلف هنا كسائر الخيارات الثابته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۰

لتخلّف الشـرط أو الوصف فلاـ يوجب اسـتحقاق شـى ء من الثمن أو المثمن غايه الأمر أن الخيار هنا منضم بأمر آخر فهو بطلان البيع فى الجزء الزائد فى صوره الزياده و فى الجزء الناقص فى صوره النقيصه مثلا لو باع الحنطه على أنها خمسـين حقه بخمسـين درهما فينحل البيع هنا الى بيوع متعـدده أى منها مشـروط بالبقيه فلو ظهرت الحنطه ثلاثين حقه فيكون هنا أمران أحـدهما بطلان البيع فى الناقص لعدم وجود المبيع أصـلا، و الثانى ثبوت الخيار للمشترى فى الباقى لتخلّف الشرط الضمنى و هو انضمام كل بيع بالبقيه و قد انتفى هذا الشـرط بظهور المبيع ناقصا فما هو مركز الخيار غير ما هو مركز البطلان فيكون الخيار كسائر الخيارات فى تخلّف الشـرط و تبعض الصفقه و ما توهم من أن الخيار هنا ليس كبقيه خيار تخلّف الشرط فإن ذى الخيار هنا يستحق من الثمن مقدار ما يقابل بالجزء الناقص فهو ناشئ من الخلط بين الأمرين كما هو واضح.

و بالجمله فكما للمشترى خيار تبعض الصفه فى سائر الموارد و كك هنا و مرجعه الى خيار تخلّف الشرط و الوصف.

الجهه الرابعه: هل يثبت الخيار للبائع فى صوره زياده المبيع عن المقدار الذى أخبر به البائع

كمـا أنه ثـابت للمشترى فى صوره النقيصه أم لاـ قـد عرفت من العلاـمه فى القواعـد من التعبير عن ثبوت الخيار لهما بقوله تخيّر المغبون و لكن الظاهر أنه لا خيار

للبائع، بل هو للمشترى فى كلا الصورتين أى صورتى الزياده و النقيصه أما فى صوره النقيصه فقد عرفت ثبوته للمشترى من جهه تخلف الشرط، و أما فى صوره الزياده فربما يتوهم ثبوت الخيار للبائع من جهه أنه صار شريكا مع المشترى فى المتاع و فيه أنه و أن صار شريكا مع المشترى بنحو الإشاعه الّا أن كل شركه لا تقتضى ثبوت الخيار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۱

و ان كان عيبا و ذلك لعدم دخوله تحت الالتزام العقدى الضمنى، نعم لو باع عبدا مريضا مثلا فبان أنه صحيح فله الخيار و هكذا كل شى ء دخل تحت الالتزام العقدى و لو ضمنا.

و أما ثبوت الخيار للمشترى فواضح لكون الشركه عيبا فى المتاع الذى اشتراه فيكون مختارا فى الفسخ و الإمضاء و ان شئت فارجعه الى الخيار تخلّف الشرط فان الشرط الضمنى موجود فى عدم تعلق حق الغير بالمبيع و كون المشترى مستقلا فى التصرّف فيه و من الواضح أن حق القسمه للشريك البائع يمنع عن استقلال المشترى فى التصرف فى المبيع كما هو واضح لا يخفى.

فتحصل مما ذكرناه أن بيع المكيل و الموزون لا- يجوز بدون الكيل و الوزن للروايات الداله على اعتبارهما فيهما و كك المعدودات للروايه الداله على تقرير الامام (ع) فهم السائل اعتبارهما فيمها حيث أجاب عن سؤاله عن صحه بيع المعدود بالكيل كما لا- يخفى على ما تقدّم، و أما اعتبار الزرع فى المزروع فقد عرفت صحته أيضا و عدم جواز بيعه بدونه لما استفدناه من الروايات الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون من عدم الخصوصيه لهما بل هما طريقان الى تعيين ماليه الشى ء و مقداره و

من الواضح أن الزرع أيضا يعيّن مقدار ماليه المزروع كما هو واضح جدا.

و أما ما لا يعتبر فيه الوزن و الكيل و الزرع كالالبسه و الأراضى و الدور و نحوها من مختلفه الأجزاء، فالظاهر كفايه المشاهده فيه كما ذكره المحقق فى الشرائع و العلامه فى التذكره فتوجب المشاهده رفع الجهاله و الغرر فى المبيع بناء على اعتبار العلم بمقدار العوضين كما تقدم و الّا فلا وجه لاعتبارها أيضا فى بيع مختلفه الأجزاء كما عرفت.

و الوجه فى ذلك أن المناط فى اعتبار العلم بالعوضين هو تعيين

مقدارهما ليسلم البيع عن الغرر و المجازفه و من الواضح أن المشاهده أيضا طريق الى تعيين ماليه الشى ء فيما لا يمكن فيه الأمور المتقدمه.

و عليه فلا يثبت الخيار للمشترى إذا حصل التفاوت بمقدار يسير يتسامح فيه عاده و أما إذا ظهر فيه التفاوت بما لا يتسامح فلا يخرج البيع عن بيع الغرر و المجازفه و حينئذ ان اعتبرنا العلم بالعوضين فى صحه البيع و عدم الغرر فيها فيكون باطلا و الّا فيكون صحيحا مع ثبوت الخيار للمشترى و من هنا أشكل المصنف على العلامه من حيث عده بيع قطيع من الغنم من ذلك فان التفاوت فى ذلك قد يكون بما لا يتسامح فيه و كذلك إذا باعها معدودا نعم بيع كل واحد من الأغنام بالمشاهده لا بأس به لعدم الغرر فيه.

الكلام فى بيع صاع من الصبره

اشاره

قوله: مسأله: بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء كصاع من صبره مجتمعه الصيعان أو متفرقها أو ذراع من كرباس أو عبد من عبدين و شبهه ذلك يتصور على وجوه.

أقول:

قد قسم المصنف بيع بعض من جمله متساويه الأجزاء الى أقسام

اشاره

فلا يعلم أن نسبه المبيع إلى الجمله أى شى ء.

الأول: أن يكون المبيع كسرا مشاعا

و لعلّه بيّن معنى كسر المشاع بحيث يبيع منّا من الحنطه فلا يعلم أن نسبه المنّ إلى الحنطه أى شى ء أ هى بالنصف أو بالثلث أو أقل أو أكثر سواء كانت الحنطه فى موضع واحد أو فى مواضع عديده فلا يشترط فى ذلك العلم بأن الصبره أى مقدار من الصاع و هذا لا شبهه فى صحته لعدم وجود ما يوجب بطلان المعامله أما الغرر فمنفى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۳

لعدم الجهل بالمبيع غايه الأمر أن نسبه المبيع الى المجموع مجهوله و كك لا إبهام فيه أيضا كما عرفت و أيضا لا مجال لان يقال أن صفه الملك تحتاج الى محل موجود لتقوم به و هو منفى هنا لما عرفت وجوده فى الخارج، غايه الأمر لا يعلم نسبته الى المجموع و من هذا قبيل بيع عبد من عبدين أو دار من دارين، بل بيع نصف العبد و نصف الأمه من عبد و أمه فان فى ذلك كله المبيع أمر معين، بل نسبته الى المجموع أيضا معين فأى وجه للبطلان.

و قد أشكل العلامه على صحه البيع عبد من عبدين و لم يبيّن جهه الاشكال و ذكر المصنف وجه الفرق منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبد لعدم صحه إطلاق لفظ العبد على نصف هذا العبد و نصف العبد الأخر، و لا يكون فارقا فى المقام فان غايته يوجب سقوط اللفظ عن الدلاله فى مقام الإثبات على المراد الواقعى، فكلامنا ليس فى مقام الإثبات، بل فى مقام الثبوت و إمكان هذا البيع فحيث أمكن ذلك فيمكن ان يكون كلامه مقرونا بالقرائن فبواسطه القرائن يفهم المراد أو يصرح

على كون البيع بنحو الإشاعه و توهم ان لفظ الغلط يضرّ بالإنشاء فاسد لما عرفت مضافا الى فساد أصل المبنى إنه يضرّ إذا كان نفس الإنشاء بالألفاظ المغلوطه و أما إذا كان الغلط فى ألفاظ المتعلق بحيث يكون اللفظ الدال على متعلق البيع غلطا فلا يتوهم أحد أنه يضرّ بالإنشاء و مما ذكرناه ظهر أنه لا فرق فى صحه البيع هنا بين كون المبيع متساويه الاجزاء أو مختلفه الاجزاء فيصح بيع نصف من العبد و نصف من الأمه و نصف من هذا الدار و نصف من الدار الأخرى مع انها ليست متساويه الاجزاء، بل و كذلك بين نصف من الدار فإنها ليست متساويه فان فى ذلك كلّه لا جهاله فى المبيع و لا شى ء آخر مما يوجب البطلان

القسم الثانى: أن يكون المبيع كليّا فى الخارج مقابل الكلى فى الذمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۴

و هذا هو القسم الثالث فى كلام المصنف و انما قدمناه لتوقف معرفه القسم الثانى على القسم الأول و الثالث، بيان ذلك أن المبيع تاره يضاف إلى الذمه بأن يبيع منّا من الحنطه فى الذمه بحيث يعتبر العقلاء بمجرّد إضافه الكلى إلى الذمه ماليه له و ان لم يكن مالا قبل ذلك و هذا يسمّى كليّا فى الذمه.

و أخرى يكون المبيع كليّا فى الخارج بأن يبيع صاعا من الصبر الموجوده فى الخارج المعين المقدار بحيث أن المبيع يكون كليّا فى المعيّن الخارجى، و من هذا قبيل أيضا بيع عشره امتار من المزروع المقدر بماءه متر فان المبيع كلى الخارجى و الفرق بين القسم الأوّل الذى يسمى بكسر المشاع و هذا القسم الذى يسمى بالكلى فى الخارج أن المبيع فى القسم الأول موجود فى الخارج بحيث لو تلف مجموع الحنطه للبائع

تلف المبيع أيضا و هذا بخلافه هنا فان المبيع هنا كلّى مضيق ينطبق على الأمنان الخارجيه فإذا تلفت الصبره لم يتلف المبيع و لم يبقى منها الّا بمقدار المبيع فيكون المبيع منطبقا عليه و إذا تلفت الصبره اجمع فيكون للمشترى حق الفسخ قبل القبض و يذهب من كيسه بعده و هذا القسم أيضا لا شبهه فى صحته لعدم تمشى بشى ء من الوجوه المذكوره للبطلان هنا، فان المبيع كلّى معين غايته مضيق بما فى الخارج من غير أن يكون فيه إبهام و جهاله أصلا فلو كان بيع كلى هنّا باطلا كان السلم أولى بالبطلان لعدم وجود ما ينطبق عليه الكلى فى الخارج و بالجمله لا شبهه فى صحه بيع صاع من صبره بنحو بيع الكلى فى الخارج كما لا يخفى.

القسم الثالث: ان يكون المبيع فردا منتشرا فى الاجزاء الخارجيه و مبهما من جميع الجهات

و الفرق بين هذا القسم و القسم الأول هو أن المبيع فى القسم الأول موجود معين شخصى من غير جهاله فيه و انما الجهاله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۵

كانت فى نسبته الى المجموع و أما فى هذا القسم ليس فيه تعين أصلا فضلا عن كونه فى الخارج و أما القسم الثانى فالمبيع فيه أمر كلّى بغير تشخص فيه أصلا و هذا بخلاف القسم الثالث فان المبيع ليس كليّا كالقسم الثانى و لا أمرا موجودا فى الخارج و متشخصا بالخصوصيات بل هو فرد مردد مبهم و يسمى ذلك بالفرد المنتشر، و قد استدل على بطلان البيع هنا تاره بالجهاله و أخرى بأن الإبهام فى المبيع مبطل و ثالثه بأنه موجب للغرر فيكون موجبا للبطلان و رابعا بأن الملك صفه وجوديه محتاج الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجوده فى الخارج و أحدهما على سبيل البدل

غير قابل لقيامه به لأنه أمر انتزاعى من أمرين معينين و ذهب المشهور الى بطلان هذا القسم من البيع، بل ادعى الإجماع على ذلك و خالف المحقق الأردبيلى فى ذلك و تبعه المصنف و بعض آخر.

أقول: يقع الكلام فى تصوير هذا أولا بأنه هل يمكن وجود فرد مبهم فى العالم أم لا، فنقول تاره يراد من الفرد المنتشر الوجود المبهم غير المتشخص بخصوصيه خاصه فهذا لا شبهه فى بطلان بيعه إذ لا وجود له أصلا حتى فى علم اللّه و لم يخلق فرد يكون موصوفا بهذا الوصف فانّ كلما هو موجود فى الخارج فمتشخص بشخصيّه خاصه و بجهات مميزه بل التشخص عين الوجود على قول فكيف يعقل أن يكون هنا فردا و لا يكون متشخصا لخصوصيه فإن أراد من الفرد المنتشر هذا المعنى المردد و قال الأردبيلى و المصنف بصحه بيع هذا الفرد فهو بديهى البطلان لما عرفت من عدم وجود مثل ذلك أصلا.

و ان أرادوا من ذلك الفرد المنكر أى فردا موجودا بين الأفراد الخارجيه متشخصا بخصوصيه و متميّزا فى الخارج بتميّز خاص بحيث كان عند

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۶

اللّه معينا حتى لو كان هنا معصوم لا خبر بالمبيع و لكن مجهول عند البائع و المشترى كما إذا قال بعتك عبدا من عبدين أو صاعا من صياع هذه الصبره أو شاه من هذه الشياه فان المبيع و ان كان مجهولا عند المتعاملين و لكن ليس مثل الأول غير موجود فى العالم و غير مخلوق للّه بل له وجود حقيقه فى علم اللّه بحيث لو كان عينا كان فردا من هذه الافراد كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يأتى أولا

فإن أيا منهم يأتى أولا فهو مبيع و معلوم عند اللّه واقعا فإن أرادوا هذا المعنى فالظاهر أنه لا شبهه فى صحته، إذ ليس شى ء من الوجوه المذكوره جاريه هنا الّا الوجه الأول فهو الجهاله أما الإبهام فالفرض ان الفرد المبهم لا وجود له فى الواقع و قلنا أن لما نحن فيه وجود واقعى غايته مجهول عند المتعاملين و أما الغرر فليست المعامله بغرريه أصلا، فإن من المفروض الصبره متساويه الاجزاء و متساويه النسبه و أما كون الملك صفه محتاجه إلى محل موجود فكذلك أيضا أن المبيع موجود فيقوم عنوان الملكيه الذى أمر اعتبارى بذلك المحل.

و بعباره أخرى أنه لا شبهه فى توقف البيع على وجود محل يقوم به فإن الملكيه و ان لم تكن امرا خارجيا و صفه وجوديه بل من الاعتبار يأت الّا أن هذا الأمر الاعتبارى لا بد له من محل يقوم به ليمكن تبديل المال فى طرف الإضافه فما لا مال فلا اضافه ليمكن التبديل فيها، نعم فالجهاله موجوده هنا فان تم إجماع و نحوه على بطلان البيع بمثل هذه الجهاله و كونها موجبه للبطلان فيها و الّا فيحكم بالصحه للعمومات كما هو واضح، و أوضح بالصحه لو كان له عبدان فمات أحدهما و بقى الأخر و لم يعرف أنه المبارك أو الميمون فيقول بعتك العبد الباقى من عبدين فان مثل هذه الجهاله لا تضر بالصحه و لا دليل على كونها مبطله و توهم شمول الإجماع عليه فاسد، فإنه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۷

دليل لبىّ لا يشمل لغير الجهاله فى المقدار.

و حاصل ما ذكرناه فى هذه المسأله هو أن بيع شى ء يتصور على وجوه:

الأول: أن يكون كسر مشاع

بمعنى أن يكون المبيع حصّه من الحنطه الموجوده فى الخارج و متشخصا بخصوصيه و يكون المشترى شريكا له

بنسبه خاصه من النصف أو الثلث أو غيرهما و انما يشير البائع بقوله بعتك منّا من الحنطه إلى الشركه بهذا النحو كما لا يخفى، و هـذا لاـ شـبهه فى صـحته و لا فرق فى ذلك بين متساويه الأجزاء أو لم يكن و لا بين صـحه إطلاق اللفظ على النصف و نحوه و عـدمه فيصـح بيع عبـد من عبـدين على نحو الإشاعه و ان لم يصح إطلاق العبد على النصف و ذلك لما عرفت فى ألفاظ العقود على اعتبـار الحقيقه و الألفـاظ الصـحيحه فى ألفـاظ العقود، و انمـا هو منحصـر بالألفـاظ التى يقع به إنشـاء العقـد و أما متعلقات العقود فلا يعتبر فيها الحقيقه، بل لا يعتبر فيها الألفاظ الصحيحه فضلا عن المجاز كما هو واضح.

و بـالجمله فبيع كسـر المشـاع بـأى لفـظ كـان صـحيح بلا اشـكال و ليس فيه ما يوجب البطلان من الوجوه المتقـدمه كالجهاله و الإبهام و الغرر و عدم وجود المحل ليقوم به الملك.

الثانى: بيع الكلى فى المعيّن الخارجى فى مقابل البيع الكلى فى الذمه

و قـد تقدم تفصـيله و إجماله أن يبيع كليّا معينا مثل المنّ و نحوه من هذه الصبره الخارجيه من غير أن يكون المشترى شـريكا له فى الصبره و انمـا يكون حقه قابلاـ لانطباق بكل منها انطباق الكلى على الفرد حتى لو تلفت الصبره و لم يبق منها الّا بقـدر المبيع فيكون حقّه منطبقا عليه بخلافه فى الأوّل فإن التالف من البائع و المشترى بنسبه حصتهما الى مجموع الصبره.

و يدلّ على صحه هذا البيع مضافا الى المطلقات و العمومات قيام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۵۸

السيره القطعيه على صحته فان رسم الأصناف من قديم الأيام و حديثها جار على بيع بعض من المتاع الموجود على النحو الكلى فى المعيّن

و كـذلك المشترين يشترون هكـذا مثلاـ فيجى ء أحـد إلى البزاز فيقول له بعنى عشـره طاقـات من الثوب الفلاـنى و يقول البـائع بعتـك عشـره طاقـات، فـإنه يكون هـذا على نحو الكلى فى المعيّن و يـدل على صـحه هـذا البيع مضافا الى الأمرين المـذكورين صحيحه «١» الأطنـان (و لورود الروايه فى أطنـان القصب قـد سـمها الشـيخ صـحيحه الأطنان) حيث سأل رجل عن بيع أطنان من القصب الموجود فى الخارج حيث احترق و لم يبق الّا بقدر المبيع فقال عليه السلام العشره آلاف طن التى بقت هى للمشترى فلا يتم ذلـك الاـ بكون المبيع كليّا لا بنحو الإشاعه و توهم أنه على نحو الإشاعه و لكن حيث كان التلف قبل القبض فلـذا لم يكن التالف من المشترى فان التلف قبل القبض من مال البائع توهم فاسـد فإن جهه الاسـتدلال ليس هو ذلك بل كون الباقى مجموعا للمشترى، فـإنه لو كـان على نحو الإشـاعه لكان البائع أيضا شـريكا له فى الباقى و لا يفرق فى ذلك قبل القبض و بعـده على أن الروايه غير متعرضه بجهه القبض سؤالا و جوابا.

الثالث: أن يكون المبيع فردا مبهما مردّدا بين الافراد الخارجيه

نظير الفرد المنتشـر من أن يكون متشـخّصا بخصوصيه خارجيه كما فى القسم الأول و لا أمرا كليّا كما فى القسم الثانى فقد ذهب المشـهور الى بطلاـنه و الأـردبيلى و بعض من تأخر عنه الى الجواز و اختاره المصـنف و اسـتدلوا على البطلان بوجوه أربعه و قد أجاب عنه المصنف كما تقدم، و لكن الكلام فى تصوير

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٢٧٢، صحيحه بريد بن معاويه.

ذلك فنقول فإن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنتشر الذى لا يتشخص بخصوصيه خارجيه فهذا لا وجود له

حتى فى علم اللّه تعالى، و لم يخلق بل و لا يخلق أصلا، بل يستحيل أن يكون موجودا أصلا، فإن الشى ء ما لم يتشخص لم يوجد على ما قيد، بل التشخص عين الوجود فكيف يعقل أن يكون الشى ء موجودا فى الخارج و يكون مبهما من جميع الجهات، و غير متشخص بخصوصيه خاصه فلا يمكن أن يكون المبيع أمرا موجودا و فردا منتشرا بين الأفراد الخارجيه و عليه فلا يعقل القول بإمكانه فضلا عن صحه بيعه أو الاستدلال على بطلانه بأمور متقدمه فإن ذلك من أقسام ممتنع الوجود فى الخارج و أن أرادوا من الفرد المبهم الفرد المنكر فلا شبهه فى جوازه بحيث ان المبيع موجود بين هذه الصياع مثلا و متشخص بخصوصيه و متميز عن سائر الموجودات فى الخارج الا أنه غير معلوم للمتبايعين و الّا فإن اللّه تعالى يعلم أن المبيع أى فرد من الافراد الخارجيه و أى منها يختاره المشترى عند القبض و الإقباض و لو كان هنا معصوم لأخبر به كما إذا قال بعتك عبدا من عبيدى الذى يجنى قبل كلهم أو شاه من الشياه أو صاعا من صياع هذه الصبره الموجوده الذى نختاره عند الوزن أولا فان فى ذلك كله ان اللّه تعالى يعلم أن أى فرد منها مبيع فليس مثل القسم الأول، بحيث أن لا يكون له وجود أصلا حتى فى علم اللّه تعالى و يستحيل خلقه إلى الأبد و يكون داخلا فى ممتنع الوجود و ان أرادوا هذا فلا شبهه فى صحته، و لا يرد عليه شى ء من الوجوه الأربعه إلّا الجهاله فإن تم إجماع على كونها مبطله فبها و الّا فيتمسك بالعمومات الداله على صحه البيع و يحكم

بصحته أيضا و على هذا فما ذهب إليه الأردبيلى و من تبعه بعده متين جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۰

ثم انه بقى الكلام فى تصوير الإشاعه و بيع الصياع من الصبره على نحو الكلى،

أما الأول فذهب جمع الى ان الإشاعه أن يملك شخصين متاعا بنحو الكلى بحيث أن كل منهما يملك كليّا منطبقا على العين الخارجيه فمعنى الشركه على نحو الإشاعه و ملك كل منهما كليّا قابل الانطباق على الموجود الخارجى.

و ذهب بعضهم أن معنى الإشاعه أن يملك كل واحد من الشريكين أمرا شخصيّا خارجيا من المال الخارجى المشترك بحيث يكون معينا فى الواقع و مجهولا فى الظاهر الى أن تنتهى التقسيم حتى الاجزاء الصغار و لكن لا يتميز حقيقه كل منهم عن الأخر فى الظاهر و ان كان معلوما فى الواقع.

ثم انه ذهب أكثر المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام إلى وجود الجزء الذى لا- يتجزى و أن الجسم مركب من تلك الاجزاء و أن المواد الأصليه للأشياء هى تلك الأجزاء و ذهب جمهور الحكماء الى بطلان هذا المذهب و على فرض تحققه أن مواد الأشياء ليست هى الأجزاء الغير المتجزى حتى بطلان الجزء الذى لا- يتجزى و لا يقبل الانقسام من أبد البديهيات، و قد برهنوا عليه فى محله ببراهين متعدده منها أن كل ما هو متجز و شاغل للمكان و قابل للإشاره الحسيه الملازم للوجود و التشخص فى الخارج فله جهات ست بحيث أن فوقه غير تحته و هكذا و أن الملاقى له من هذا الثوب غير ما يلاقيه من الثوب الأخر و هكذا و أن وصل ذلك الشى ء فى الصغير الى حد لا يكون شى ء أصغر منه بحيث لا مرتبه بعد الّا لعدم فعليّه فلا مناص من قبوله القسمه و انما عدم الانقسام

فی الخارج بواسطه عدم الآیه القطاعه و علیه یترتب بطلان مذهب النظام القائل بترکب الأشیاء من أجزاء غیر

متناهیه لا تتجزی علی أنه یلزم امتناع قطع مسافه معینه فی مده متناهیه إلّا بالطفره فإن المسافه الواقعه بین المبدء و المنتهی مرکب من أجزاء لا تتناهی فلا یعقل قطعهما فی زمان متناه إلّا بالطفره الی غیر ذلک من البراهین.

و بالجمله فلا شبهه فی بطلان القول بالجزء الذی لا یتجزی و کون الأجسام مرکبا منها.

و لکن تصویر الإشاعه فی الشرکه غیر متوقفه علی ذلک فإنه قلنا بوجود الجزء الذی لا یتجزی أو بعدمه فالشرکه موجوده فی الخارج قطعا و انتهی الی الاجزاء الغیر المتناهیه بناء علی عدم انقسام الجوهر الفرد إذا عرفت ذلک فنقول أما تصویر الإشاعه علی الوجه الأول أی مالکیه کل منهما علی المال بنحو الکلی فی المعین فلا شبهه فی بطلانه فان لازم ذلک أن لا یکون الخصوصیات الموجوده فی العین الخارجی مملوکه للشرکاء کخصوصیه الدار و الأرض و الحیوانات و غیرها من الأملاک الشخصیه و من البدیهی انها من أملاکهم فلا یصح ذلک مع القول بکون مالکیتهم علی نحو الکلی فی المعیّن فإنه لا یعقل أن یکون الکلی حاویا للخصوصیات و أیضا من جمله أسباب الشرکه المزج فلو کان ملک کل من الشریکین علی نحو الکلی فیلزم عدم ملک کل من مالکی الطعامین بالطعام الشخصی مع أن ملکهم کان شخصیا فهذا خلف و یلزم أیضا أن تخرج الخصوصیه من کلهم بلا سبب و أیضا لو باع أحد نصف داره من الأخر علی نحو الإشاعه فلازم القول المذکور أنه لو تلفت العین و لم یبق منها الّا بمقدار

حق المشترى فيكون ذلك متمحضا له و ان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الحصه الأخرى لنفسه فلازمه إلغاء ذلك بلا موجب فشى ء من ذلك لا يمكن الالتزام به و أما كون كل من الشركاء مالكا

لشخص خاص معين فى الواقع و غير معين فى الظاهر بحيث أى جزء فرضته يكون نصفه الخاص لهذا و نصف الخاص لذلك فهو أيضا باطل فإنه يلزم ح أن يكون ملك كل منهما على الشخص الخاص بلا مرجح و مجوّز فيما إذا اشتريا متاعا على الشركه أو انتقل متاع الى الوارث من المورث و هكذا فان فى هذه الموارد كلها أى سبب أوجب ملك هذا بجزء خاص و ملك ذاك أيضا بجزء خاص مع أن نسبه المال كان إليهما على حد سواء فيلزم من ذلك ملك كل منها على شخص خاص دون الأخر تخصيص بلا مخصّص و ترجيح بلا مرجح.

على أنه لو كانت الشركه بمعنى ملك كل من الشريكين حصّه خاصّه شخصيّه الى أى مرتبه انتهت لزم فى بعض الموارد أن يكون المال بدون المالك كما إذا فرضنا أن هنا مالا مشتركا بين خمسين و إذا قسمناه الى عدد الشركاء خرج عن الماليه للقله كحبه من الحمّص مثلا فالمجموع من حيث المجموع ليس مالا لشخص منهم و اجزاء لا يصدق عليها المال فيلزم أن يكون هذا المال بلا مالك فهو بديهى البطلان، بل ربما يخرج الاجزاء عن الملك لكسره الشركاء كما إذا اشترك شخاط بين مائه فان كل جزء من المائه ليس بملك أيضا فإنه لا يعتبر العقلاء الملكيه على ذلك كما لا يخفى و أما الإبهام فمضافا إلى أنه لم يحتمله أحد أنه

غير معقول.

و محصّل الكلام من الأول أنه لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو الكلى فى المعيّن فان لازم ذلك أن لا تكون الخصوصيه فى الأعيان الشخصيه المملوكه للشركاء مملوكه لهم كالدار و الحدائق و البساطين المشتركه بين الشركاء مع أنها مملوكه لهم.

و أيضا إذا حصلت الشركه بالمزج فلزم إلغاء مالكيّه الشركاء عن العين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۳

مع أنهم كانوا مالكين بالخصوصيات فأىّ شى ء أوجب إلغاء ذلك و أيضا لو باع أحد نصف داره من زيد على نحو الإشاعه و صار المشترى مالكا للكلى فى المعين فلازم ذلك ان ينحصر حقه بالباقى مع تلف النصف كما هو كذلك فى جميع موارد بيع الكلى فى المعين مع أن التلف فى صوره الإشاعه محسوب منهما بلا خلاف فان قلنا بزوال مالكيه البائع عن الخصوصيه فى حصّه نفسه فهو بلا موجب فأنى سبب أوجب زوال ملكه عنها و صار مالكا للكلى فكل ذلك مما لا يمكن الالتزام به.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو كون كل منهم مالكا للشخص الخاص المعين فى الواقع الى أىّ حدّ وصل التقسيم و ان كان مجهولا فى الظاهر و كل من الشريكين مالك لنصف العين المشتركه بجميع أجزائها المعينه فى الواقع و لوجه فى عدم كونه معقولا أن لازم ذلك أن يكون كل منهم مالكا لجزء خاص بلا موجب فيما إذا مات المورّث و ترك وارثا متعدده و مالا فإنهم مشتركون فى ذلك المال فكون كل منهم مالكا لشخص خاص و جزء معين دون الأخر و يا نعكس ترجيح بلا مرجح و تخصيص بلا مخصص.

و أيضا لا يعقل تصوير الإشاعه على نحو الإبهام فإنه مضافا الى أنه لم يقل

به أحد أنه غير معقول كما عرفت.

و إذا بطل الوجوه المتقدمه فانحصر الوجه فى تصوير الإشاعه بما نذكره و التحقيق فيه أن يقال فى تصوير الإشاعه أن مجموع الشركاء مالك لمجموع المال فان العقلاء يعتبرون مالكيه المجموع لشى ء واحد بنحو الاستقلال و لكن مالكيه كل منهم للعين مالكيه ناقصه كالنصف و الثلث و الثلثين و الربع و السدس و غيرها، فان كل منهم نصف المالك و ثلثه و ربعه و سدسه و هكذا بحيث أن كل منهم مالكا للمجموع بإحدى النسب المذكوره دون البعض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۴

الخاص أو الكلى فى المعيّن و لكن على نحو الناقصه بحيث لو أراد أن يتصرف فى العين المشتركه على نحو الاستقلال فلا يجوز له ذلك لعدم كون مالكيته للمجموع على نحو الاستقلال لينافى الشركه فكان كلهم مالك واحد فالمجموع مالك للمجموع استقلالا.

و بالجمله أن كل من الشركاء مالك على مجموع المال و تمامه و لكن على نحو الناقص لكونه نصف المالك أو ربعه و هكذا التعبير عن ذلك بأن كل منهم مالك للنصف و هكذا فمن باب المسامحه فى التعبير و الضيق فى العباره و الا فليس له مالكيه على النصف مثلا بالاستقلال من العين المشتركه أصلا و انما المجموع مالك واحد مستقل و كل منهم مالك ناقص و له مالكيه للتصرف فيها ناقصه من غير أن يكون بالاستقلال ففى مثل موت المورّث و انتقال المال إلى الورثه ان مجموع الورثه مالك واحد قائم مقام الميت فان المالك كان هو المورّث وحده و بالفعل كان المالك هو مجموع الورثه و صاروا نائبا عنه فى المالكيه و كان المورث تمام المالك و صار كل واحد نصف

المالك و ربعه على حسب حصّيته و لا شبهه فى صحّه اعتبار الملكيه للمجموع و يدل عليه ما ذكرناه أنه ربما لا يكون للاجزاء بنفسها ماليه أصلا و انما الماليه تقوم بالمجموع من حيث المجموع كما إذا كان شخاط واحد مشتركا بين خمسين فان قلنا بما ذكرناه من كون المجموع من حيث المجموع مالكا للمال على نحو الاستقلال لصحه اعتبار الملكيه لهم و كان لكل منهم مالكيه ناقصه فيها و الّا لكان هذا المال بلا مالك فان حصّه كل منهم ليس بمال و المجموع من حيث المجموع مال و لكنه ليس لأحد و لا للمجموع على الفرض، بل ربما يصل الى مرتبه يخرج مقدار حصه كل منهم عن الملكيه و لا يعتبر العقلاء ملكيه عليه كما إذا كان حق كل منهم بمقدار نصف العود من الشخاط نعم يبقى له حق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۵

الاختصاص فى العين لكونها متعلقه لحقه و اما على ما ذكرناه، فالأمر واضح فان المجموع من الشركاء مالك استقلالا لمجموع العين المشتركه و كل واحد منهم مالك للمجموع أيضا و لكن على نحو الناقص بحيث أن كل منهم نصف المالك و ربعه و ثلثه و ليس له على العين السلطه المالكيه الاستقلاليه بل له سلطه على العين سلطه المالكيه الناقصه فإن لكل منهم مملوك فهو مجموع العين و لكن مالكيته و سلطنته عليه ناقصه كما لا يخفى.

و يترتب على ذلك أنه إذا باع أحد الشريكين حصته فمعناه أنه باع مجموع العين بملكيه ناقصه و انتقل عنه إلى المشترى كما يجوز لأحد أن يبيع مجموع العين بملكيه ناقصه و انتقل عنه إلى المشترى كما يجوز لأحد أن يبيع نصف الدار

مثلاـ معینا أو علی نحو الکلی فی المعیّن أو علی نحو الفرد المنکر فکذلک یجوز بیع مقدار منها علی نحو الإشاعه بمعنی کون المبیع مجموع الدار و لکن یبیعه با لمالکیه الناقصه و ینتقل الیه نصف المالکیّه أی یعدم نصف مالکیته بالبیع و ینقطع من المالک الإضافه الناقصه و توجد تلک الإضافه أصلا بل دائما قطع اضافه و إیجاد إضافه أخری، فإن البیع تبدیل مال فی طرف الإضافه و التعبیر بالنقل للوضوح.

و بالجمله فإذا باع المالک نصف متاعه علی نحو الإشاعه فقد بذل مجموع متاعه فی مقابل الثمن علی نحو الملکیه الناقصه و قطع اضافه ناقصه من إضافه المالکیه إلی نفسه و أوجدها للمشتری و هذا المعنی أمر موافق للاعتبار و لا غرر فیه، و هکذا بیع أحد الشریکین حقه من الأخر فإنه یبیع مجموع العین

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۶

المشترکه بملکیه ناقصه و ینتقل من البائع إلی المشتری اضافه ناقصه من المالکیه و هکذا فی جمیع موارد الشرکه و بیع أحد الشرکاء حقه کما لا یخفی فافهم.

و توهم أن الملکیه من مقوله الأعراض فهی غیر قابله للقسمه فکیف تکون الملکیه متبعضه و یکون لأحد الشرکاء النصف و للآخر الثلث و للثالث السدس و هو توهم فاسد فإن الملکیه و ان کانت أمرا اعتباریا غیر قابله للقسمه کالاعراض أو هی من مقوله الأعراض و لکن یمکن تقسیمها باعتبار متعلقها کما هو الشأن فی جمیع الاعراض الغیر القابله للقسمه مثلا أن البیاض فی نفسه غیر قابل للتقسیم، و لکنه یقبله بحسب محلّه و الأمر فی المقام أیضا کک فإن مالکیه المورث مثلا کانت بالاستقلال فإذا مات انقطعت منه و وجدت فی مجموع الورثه من

حيث المجموع و فى الافراد بالتبعيض باعتبار أن مملوك كل منهم التركه مجموعا بنصف الملكيه مثل فأوجب ذلك انقسام المالكيه أيضا الى النصف كما أن البياض فى الجسم بياض واحد و يتعدد بالتقسيم و أن الحراره فى الماء حراره واحده و يتعدد بتقسيم الماء و هذا أيضا كتبعض الإراده و الطلب فى باب التكاليف المركبه كتعلق الأمر بالصلاه و تبعضه الى الركوع و السجود و غيرها من الأجزاء فان الطلب و ان كان بسيطا لا يتبعّض و لكن يتبعّض بتبع متعلقه كما لا يخفى.

ثم وقع الكلام بين العامه و الخاصه أن التقسيم فى باب الشركه افرازا و تعيين حق أو بيع فقال الإماميه أنه تعيين الحصه و قال العامه أنه بيع فيترتب عليه أحكامه و قد وقع النزاع بين العامه و الخاصه فى باب المعاملات فى هذا المسأله و مسأله الضمان، حيث انهم يقولون انّ الضمان ضم ذمه إلى ذمه أخرى و قال الإماميه انه انتقال المال من ذمه إلى ذمه أخرى و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۷

ان وقع الخلاف بينهم فى باب المعاملات فى كثير من الفروع، و لكن المخالفه فى المسائل المهم هاتان المسألتان.

أقول: ان كان مراد الإماميه من كون الشركه افرازا و تعينا للحق هو أن حق كل منهما أمر كلى يتعين بالقسمه كما هو ظاهر كلامهم فهو لا يصح الّا فى موارد كون المملوك كليّا كموارد البيع فى الذمه أو بيع الكلى فى الخارج فإنه يتعيّن بالتعيين، و أما فى موارد الشركه التى هى إشاعه حق كل من الشريكين على النحو الذى ذكرناه فلا، بل لا شبهه أن فى موارد الشركه ينتقل المملوك كل من الشريكين إلى الأخر بدل

انتقال حق الأخر إليه، فيقع بينهما التبادل كما سنذكره و على هذا فلا وجه لما ذكره الخاصه بوجه.

و ان كـان مرادهم من ذلـك ردّ العـامه حيث انهم يقولون بكون التقسـيم بيعـا يترتب عليه أحكـام البيع من الخيـارات و نحوها و غرضـهم أنه ليس ببيع ليترتب عليه حكمه، فهو متين لعدم انطباق تعريفه عليه، و انما هو معامله خاصه حيث ان لكل من الشـركاء مـالكيه نـاقصه للعين من حيث المجموع، فيبـدل كـل منهم مملوكه بـالملكيه النـاقصه على النصف مثلا بمملوك الأخر بالملكيه الناقصه كذلك، مثلا فإذا كانت الدار الواحده مشتركه بين شخصـين على النصف فمعنى قسـمتها الى نصـفين أنه كل منها يأخذ مملوك الآخر الذى بالملكيه الناقصه مقابل مملوك نفسه بالملكيه الناقصه فيكون مالكا مسـتقلا بالنصف و الأمر واضح بناء على تصوير الإشـاعه على نحو الثـانى أى يكون كل من الشـركاء مالكا لجزء خاصّ فان كل منهم يبـدّل الاجزاء المملوكه له فى هـذا النصف بالأجزاء التى فى النصف الأخر و على هذا فيكون التقسـيم فى نفسه معامله مسـتقله و قد ذكرنا نظير ذلك فى المعاطاه و قلنا فلا بعد فى أن يكون هنا معامله مستقله لا يكون بيعا و لا صلحا و لا اجاره و لا غيرها من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۸

المعاملات المعروفه فتدل على صحتها آيه تجاره عن تراض فكما أنه يمكن أن تكون المعاطاه معامله مستقله فكذلك يمكن ان يكون التقسـيم أيضـا معامله مسـتقله و لهـذا نظائر كثيره فى العرف كتبـديل كتاب الرسائل المحشـى، برسائل آخر غير المحشـى المخطوط بخط جيد، فان من لا يحتاج إلى الحاشيه يبدل كتابه بكتاب آخر جيد الخط غير المحشى مع أنه ليس بيعا و لا

غيره من المعاملات المعروفه، بل معامله خاصه.

و بالجمله فإن أراد الخاصه من الافراز الوجه الأول الذى هو ظاهر كلامهم من الافراز و التعيين فلا وجه لما ذكره الخاصه و العامه فإن كليهما باطل و ان أرادوا الوجه الثانى الذى ليس بظاهر كلامهم كما هو الظاهر و لا يضرّه كونه خلاف ظواهر كلامهم لأنهم كانوا بصدد الرد على العامه من غير لحاظ جميع الخصوصيات فقولهم أن التقسيم ليس ببيع فكلام متين جدا فإنه كما عرفت ليس ببيع، بل معامله خاصه فافهم.

الكلام فى تصوير الكلى فى المعين

و أما تصوير الكلى فى المعين

فربما يقال أنه عباره عن الفرد المنتشر الموجود فى الصبره الخارجيه مثلا و قابل الانطباق على كل فرد فرد.

و فيه مضافا الى استحاله وجود الفرد المبهم و أنه لم يخلق و لن يخلق كما تقدم أن هذا خلف الفرض فان معنى الكلى هو عدم تشخّصه بخصوصيه خاصه خارجيه و معنى الفرد أنه متميّز بالخصوصيه فهما لا يجتمعان.

و قد يقال أنه عباره عن الكلى فى الذمه بعينه غايه الأمر أن المشترى يشترط على البائع أن يؤديه أى المبيع من العين الموجوده فى الخارج

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۵، ص: ۳۶۹

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۶۹

المتخصّص بخصوصيه خاصه و الّا فلا فرق بينه و بين الكلى فى الذمه، فإذا باع صاعا من الصبره الخارجيه أو منّا من الحنطه الفلانيه فمعناه أنه باع كلّى المن و كلّى الصاع فى الذمه بشرط أن يطبقه على الموجود الخارجى كما هو واضح.

و فيه أن الفقهاء رضوان اللّه عليهم ذكروا فى بيع الكلى فى المعين الخارجى أنه لو تلفت العين الخارجيه كان البيع باطلا فان

المبيع لم يقبض و التلف قبل القبض موجب للبطلان، فلو كان معنى بيع الكلى فى المعين هو بيع الكلّى فى الذمه على النحو المزبور لما كان وجه للبطلان مع تلف العين الخارجيه بل يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط مع صحه البيع كسائر موارد تخلف الشرط.

و قد يقال أن بيع الكلى فى المعين هو الكلى فى الذمه أيضا، و لكن يقيد بالخصوصيات التى توجب عدم انطباقه الّا على الموجود الخارجى كما إذا باع عبدا من عبيده من ولد مبارك لكونهم صحيح الأصل أو باع منّا من الحنطه الحاصله من المزرعه الفلانيه و الفرق بين هذا و سابقه أن الخصوصيات مأخوذا فى البيع على نحو الاشتراط فى الأول و على نحو القيديه فى الثانى فعلى الأول مع تلف ما فى الخارج كان للمشترى خيار تخلّف الشرط كما عرفت و على الثانى فله خيار تعذر التسليم.

و فيه أولا ـ أنك عرفت أن تلف العين الخارجى فى بيع الكلى منها موجب للانفساخ لأنّ التلف قبل القبض من مال البائع و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى الذمه على النحو الثانى فإن التلف فيه لا يوجب البطلان، كما عرفت، بل يبقى البيع على حاله و يكون المبيع هو الكلى غايه الأمر يثبت للمشترى خيار تخلف الشرط.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۰

و ثانيا: أن لازم ذلك جواز أن يتلف البائع العين الخارجيه وضعا و يبيعه لغيره مثلا بحيث لا يبقى شى ء فى الخارج لينطبق عليه الكلى و مع ذلك كان البيع صحيحا و هذا بخلافه فى بيع الكلى فى المعيّن فان المبيع موجود فيه فلا يجوز إتلاف البائع مجموع ذلك وضعا.

و قال شيخنا المحقق أن المبيع فى بيع الكلى فى المعيّن

هو الكلى من غير ان يقيد فى كونه فى الذمه و لا- أنه مقيد بكونه فى الخارج بل مطلقا من جميع ذلك فيكون منطبقا على كل فرد فرد فى المعين الخارجى، فإذا باع منّا من الحنطه فمعناه انه باع كليا مطلقا قابل الانطباق على الصياع الموجوده فى الخارج المعين و على غيرها.

و فيه مضافا الى الوجهين المتقدمين أنه لا يعتبرون العقلاء ماليه على كل لا يكون منسوبا إلى ذمه أو الى الخارج (و قد اعترف بذلك فى أوائل البيع، و قال ينسب إلى الذمه ببعت) فلا معنى لكونه مبيعا أصلا كما هو واضح.

و التحقيق فى تصويره أن يقال أنّ الكلى فى المعين ليس إلّا الكلى المضيق الموجود فى ضمن المعيّن الخارجى و قابل الانطباق على افراده و توضيح ذلك فى أمور الأول ان الكليه لا يتخصّص و لا يتشخّص الّا بالتشخصات الخارجيه بحيث توجب تحيزها فى الخارج و الّا فبمجرد تقييد الكلى من غير أن يوجب التقييد و التشخيص فى الخارج لا يوجب خروج الكلى عن كليته كما حقق فى علم الحكمه و الكلام، نعم يوجب تضيق الدائر فقط و التقريب بنحو التوضيح فى تصوير بيع الكلى أن الملكيه الاعتباريّ متعلق أولا- و بالذات بالكلى حتى فى البيوع الشخصيه و على الخارجيات بالعرض فيكون الكلى مملوكا بالأصاله و الأعراض مملوكا بالتبع نظير العلم بفسق زيد فإنه عالم بالكلى بالأصاله و بالجزئى بالعرض كما هو واضح فلا عجب فى إمكان تمليك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۱

الكلى على كليته و إبقاء الخصوصيات فى ملك نفسه كما لا يخفى.

الثانى: أن الأعيان الخارجيه انما هى مملوكه لملاكها بجميع خصوصياتها الشخصيه و له مالكيه عليها مالكيه تامه فله

أن ينتقل الى الغير الذات المبرات عن الخصوصيات و تبقى الخصوصيات فى ملكه و له أن ينقل اليه الذات مع جمله من الخصوصيات و له أن ينقلها مع جميع الخصوصيات فمع نقلها بالخصوصيات تاره تكون بحد توجب كون المبيع شخصيّا و أخر لا توجب بل يكون كليا مضيقا.

الثالث: أنه لا شبهه فى وجود الجامع بين المفاهيم بحيث أن مفهوما واحدا يصدق على مفاهيم كثيره كما لا شبهه فى وجود الجامع بين الحقائق أيضا فإن حقيقه واحده يمكن ان تصدق على الحقائق العديده مثلا أن مفهوم الوجود جامع لجميع مفاهيم الوجود فى العالم كما أن حقيقه الوجود جامع لجميع الحقائق الوجود بيع ففى مقام الإشاره و الدلاله يعبّر بمفهوم الوجود و فى مقام اللب و الواقع يعبّر بحقيقه الوجود، فإذا قيدت الطبيعه مثلا بالوجود يكون قابل الانطباق على جميع افرادها على نحو الاستغراق و السريان، و إذا قيد بصرف الوجود يكون قابل الانطباق على جميع أفراد الطبيعه أيضا، و لكن على نحو البدليه بحيث يكون أول الفرد منها أى فرد كان موردا للحكم و هذا أيضا يختلف بالسعه و الضيق.

إذا عرفت ذلك فنقول أن المالك أنما هو مالك للعين الخارجيه مع جميع خصوصياتها فإذا باع مثلا صاعا منها أو زرعا أو غيرهما من غير أن يعين المبيع بجزء خاص أو بطرف خاص فيكون المبيع ح أمرا كليا قابل الانطباق على بقيه الأفراد بأجمعها على البدل مفهوما و حقيقه كانطباق مفهوم الوجود و حقيقته على جميع مفاهيم الوجود و حقيقته فليس الذات من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۲

حيث هى المعرات عن جميع الخصوصيات مبيعا و لا أن الذات المقيده بجميع الخصوصيات مبيع و الّا لتوجه

على الأول ما ورد على شيخنا المحقق، و على الثانى، كان المبيع شخصيا لا ـ كليّا بل المبيع هى الذات المقيده ببعض الخصوصيات أعنى خصوصيه كونها من هذه الحنطه أو هذه الطاقه أو هذه الفراش مثلا بحيث أوجبت تلك الخصوصيه تضييق دائره الكلى الوسيع المطلق من جميع الجهات، و لكن ليست تلك الخصوصيه على حدّ تكون موجبه لصيروره المبيع شخصيا فيكون واسطه بين الأمرين فيكون المبيع هو الطبيعه المقيده بصرف الوجود الضيق فالبائع قد نقل الى الغير الطبيعه المضيقه المقيده بصرف الوجود من العين الخارجيه كصاع و نحوه و ملكه للمشترى بحيث صار المشترى مالكا لطبيعى الصاع المقيّد بصياع هذه الصبره مثلا و أبقى المالك بقيه الخصوصيات فى ملكه و منها السريان و تطبيقه على كل فرد فرد فليس للمشترى الّا الكلى المقيد من هذا الموجود و هذا واضح جدا فالاعتبارات العقلائيه مساعده لها فى التكليفيات و الوضعيات كما إذا أمر المولى بالصلاه مطلقا أو فى المسجد فان المكلف به فى الأول مطلق جميع الجهات غير تقيد الطبيعه بصرف الوجود و أما القيود فكلها ملغات و هذا الذى عبرنا عنه فى باب المطلق و المقيد برفض القيود و بنينا عليه معنى المطلق، و فى الثانى مقيد بقيد آخر غير تقيده بصرف الوجود و هو كونها فى المسجد و مع ذلك لم يخرج المكلف به عن كليته فان المكلف مخير بين إيجاده فى السطح أو فى داخل المسجد و فى أى مكان منه.

و كذلك إذا أجر أحدا بخياطه ثوبه مطلقا أو فى شهر خاص و هكذا و هكذا فالمقصود أن ما ذكرناه من تصوير بيع الكلى فى المعيّن ليس معنى بعيدا عن العرف، بل اعتبارات العقلاء مساعده

عليه و كذلك اعتبار الشارع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۳

كما عرفت فاغتنم.

و قد ورد فی روایه «۱» الأطنان ما یدل علی جواز بیع الکلی کما عرفت و بالجمله لا بأس من الالتزام ببیع الکلی ثبوتا و إثباتا بعد ما ساعده الاعتبار العقلائی و ورد علیه الروایه.

مسأله: لو باع صاعا من صبره

قوله: مسأله: لو باع صاعا من صبره فهل ینزل علی الوجه الأول من الوجوه الثلاثه المتقدمه؟

أقول: إذا باع صاعا من صبره معینه فتاره یعلم مقصود المتبایعین من الخارج و انهما أرادوا أحدا من الإشاعه أو الکلیّه فیحمل علیه سواء قلنا بکون اللفظ ظاهرا فی الکلی أو فی الإشاعه، کما أنه لو علم عدم توافقها فی القصد فیحکم بالبطلان بأن أراد البائع الإشاعه و أراد المشتری الکلی أو بالعکس، فإنه لم یرد الإیجاب و القبول علی محلّ واحد و لا یفرق فی ذلک کله بین کون المقصود لکل منهما ظاهر اللفظ أو لا، بل لا یفرق فیه بین الصحیح و الغلط حتی لو قال المطلق و أراد المقید فلا بأس فیه مع فهم المشتری المراد کما إذا قال بعتک دارا فکان غرضه الدار المعین لما عرفت من عدم اعتبار اللفظ الصریح، بل الصحیح فی متعلقات العقود.

و بالجمله لو علم مراد المتبایعین من الخارج انهما أرادا الإشاعه أو الکلی سواء أتیا کلاهما بلفظ مطلق أو مقید صریح أو غیر صریح صحیح أو

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۷۲ باب ۱۹، برید بن معاویه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۴

غیر صحیح فلا کلام فی صحه ذلک کما لا شبهه فی بطلانه إذا أراد أحدهما الکلی و أراد الأخر الإشاعه فإنه لم یرد الإیجاب و القبول علی مورد واحد و أیضا

لا يفرق فيه بين الإتيان بلفظ صريح أو غيره كما عرفت.

و انما الكلام فيما إذا شك فى ذلك و لم يعلم أن أيّا من المعنيين إراده البائع و أن أيّا منها اراده المشترى، و ذلك اما لعدم العلم بما قصداه من ذلك الإيجاب و القبول لنسيان و نحوه أو لموت البائع أو المشترى أو كليهما و لم يعلم الوارث أن أيّا من المعنيين قصداه أو وقع التداعى بينهم فادعى أحدهما كون المقصود إشاعه و ادعى الأخر كون المقصود كلّيا و سيأتى التعرض للثمره بين المعنيين.

و الظاهر هو حمل اللفظ على الكلى فى المعيّن لوجهين، الأول للروايه المتقدمه فى بيع الأطنان من أنبار القصب فإنه سأله السائل عن حكمه إذا احترقت و لم يبق الّا مقدار حق المشترى فأجاب (ع) بأنه للمشترى و لم يستفصل فى ذلك بين أنهما قصدا الإشاعه أو قصدا الكلى، بل حكم بكون الباقى للمشترى جزما فكشف من حكمه هذا أن لفظ صاع من صبره ظاهر فى الكلى و توهم أن ظهور اللفظ فى الإشاعه و انما حكم الامام (ع) بكونه كليا للتعبد توهم فاسد فإن الشركه و عدم الشركه ليست امرا تعبّديّا و بالجمله فحكم الامام (ع) بكون الباقى للمشترى يدل على أنه (ع) فهم من ظاهر اللفظ الكليه فقط فأجاب عن حكمه و لم يستفصل فى السؤال أصلا.

الوجه الثانى: أن الظاهر من العناوين المأخوذه فى موضوعات الاحكام سواء كانت تكليفيه أو وضعيه لها موضوعيه فى نفسها و ليست طريقه الى الواقع و الى اعتبار شى ء آخر، و قد اشر الى هذا فى بيع الغرر كما عرفت فى حمل العنوان على الحكمه أو العله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۵

فالظاهر من

قول البائع بعتك صاعا من صبره أو منّا من الحنطه الموجوده هو اراده المن بما هو من و الصاع بما هو صاع من هذه الصبره بحيث لا يكون مقيدا بخصوصيه إلا كونه من الصبره الموجوده و مضافا الى صرف الوجود و أما الخصوصيه الزائده عن ذلك فلا- من غير أن يكون طريقا إلى إراده أحد الكسور من الثلث و الربع و النصف و نحوها من الكسور المتصوره المتخصصه بالخصوصيات الخاصه الخارجيه فإنه خلاف الظاهر من لفظ المن و الصاع و الملغى عنهما جميع الخصوصيات إلّا الإضافه إلى صرف الوجود من الصبره المعينه فقط.

و بالجمله أن مقتضى الظاهر من لفظ المنّ هو الكلى العارى من جميع الخصوصيات إلّا اضافه الى صرف الوجود من الصبره المعينه الخارجيه فإن ظاهر حفظ العنوان يقتضى كونه موضوعا للحكم و لا يكون ذلك موضوعا للحكم الا بلحاظ أنه كلى و دعوى الإشاعه يقتضى كون لفظ المنّ أو الصاع إشاره إلى الكسور من الربع و النصف و نحوه فان عنوان الإشاعه بأحد هذه الكسور و نسبته لا بعنوان المنّ و الصاع و نحوهما كما لا يخفى.

و قد يقال أن الظاهر من لفظ صاع من صبره هو الفرد المنتشر كما هو مقتضى الظاهر من التنوين التنكير.

و فيه أولا قد عرفت أن اراده الفرد المنتشر غير معقول فى نفسه.

و ثانيا: أنه لا كليه لذلك إذ ربما يكون اللفظ خاليا عن التنوين كما إذا قال بالإضافه أو اللام كقولك بعتك صاع من الصبره أو المنّ من الحنطه و نحو ذلك.

و ثالثا: أن هذا التنوين ليس بتنوين تنكير، بل هو تنوين تمكّن و أما التنوين التنكير فهو يدل بأسماء الأفعال كص و مه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵،

و أما ثمره القول بكونه ظاهرا فى الكليه أو الإشاعه فذكر المصنف فارقين لا بأس بهما، الأول أن تعيين المبيع من الصبره فى يد البائع، فإن المفروض أن المشترى لا يملك إلّا الطبيعه المعراه من جميع الخصوصيات إلّا الخصوصيه الخاصه و هى كونها مضافه الى صرف الوجود من صاع هذه الصبره الموجوده فى الخارج و عليه فليس له الّا أن يطالب من ملكه من صياع هذه الصبره كما أنه كذلك إذا ملك أحد على كلى فى ذمه شخص فإنه لا يملك إلّا الكلى فقط المضاف إلى ذمه المديون أو البائع فليس له يطالبه من حصّه خاصه و من كومه معينه.

و بالجمله أن كل ذى حق له ان يطالب حقه ممن عليه الحق بمقدار حقه فليس له مطالبه الزائد و من الواضح أن المشترى يملك مطالبه كلى الصاع من هذه الصبره و أما كونه من هذا الطرف أو من ذلك الطرف فلا.

و ما نحن فيه نظير طلب الطبيعه من المكلف فإنه إذا أمره بإيجاد الطبيعه فليس له مطالبه خصوصيه زائده غير إيجادها و إذا أقبح على العبد بأنك لماذا لم تمتثل بإيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه فيحتج عليه العبد بحكم العقلاء أنك لم تكن مستحقا لمطالبه الزائد من إيجاد الطبيعه نعم لو كان هنا دليل آخر يدل على إيجاد الطبيعه بخصوصيه خاصه وراء الأمر بأصل الطبيعه فللمولى أن يحتج على عبده بذلك على ترك الامتثال بالخصوصيات الزائده و ليس للعبد ح أن يقول أن الأمر بالطبيعه لا يقتض الّا الامتثال بالطبيعه فقط و هكذا الأمر فى أوامر الشارع بأجمعها.

هذا على تقدير الكليه و أما بناء على الإشاعه فلا اختيار لأحدهما بوجه لحصول الشركه، فيحتاج القسمه

إلى التراضى كسائر الأموال المشتركه الثمره الثانيه أنه بناء على الكليه إذا تلفت الصبره بأجمعها و لم يبق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۷

منها الا مقدار حق المشترى فيكون الباقى له و ليس للبائع فيه حق و هذا بخلافه على الإشاعه فإن التالف و الباقى بينهما سيّان.

و الوجه فى ذلك قد عرفت أن ما يملكه المشترى ليس إلّا الطبيعه المعراه عن الخصوصيات الّا إضافته إلى صرف الوجود من الصبره الموجوده فى الخارج فما دام أنه قابل الانطباق على صياع الصبره لم يذهب من حقه شى ء كما عرفت ذلك من الروايه إلّا إذا تلف المجموع فإنه ح ينطبق الكلى على التالف أيضا فيكون المورد من صغريات التلف قبل القبض فيفسخ البيع.

و أما على الإشاعه فإن الفرض أن حق كل من البائع و المشترى على نحو الإشاعه فى الصبره فيكون التالف منهما معا لثبوت حق المشترى فى كل جزء فمع القبض و الإقباض يذهب المبيع من كيس البائع و بدونه ينفسخ البيع و هذا واضح جدا فما ذكره المصنف فى محلّه و تمت الثمره.

ثم انه ذكر المصنف أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجمله باع من شخص آخر صاعا كلّيا آخر فالظاهر أنه إذا بقى صاع واحد كان للأول لأن الكلى المبيع، ثانيا انما هو مشاعه فى مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبره فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى فيه ساريا فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعه و قد قوّاه شيخنا الأستاذ و قال أن الباقى ينطبق على ملك المشترى الأول و يجرى حكم تلف المبيع قبل

قبضه بالنسبه إلى صاع المشترى الثانى، لأن الصاع الثانى يسرى كليه الى ما عدا الصاع الأول و هذا بخلافه على الإشاعه.

و لكن التحقيق أن الباقى لا ينطبق عليه ملك المشترى الأول، و توضيح ذلک أنا ذكرنا فى مبحث علم الإجمالى من الأصول أن الصفات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۸

الحقيقه الموجوده فى أفق النفس يصحّ أن تتعلق بالعناوين الجامعه للافراد المتشتته و قابله الانطباق على كل واحد منها على سبيل البدليه من غير أن يكون لنفس العنوان الجامعى واقعيه فى الخارج، بل واقعيّته بنفس الاعتبار بمعنى أن المعلوم ليس أمرا معينا فى الخارج بحيث ينكشف بعد العلم كونه معلوما فى الخارج، بل المعلوم هو الأمر الاعتبارى الجامع بين الافراد و المنطبق عليها على سبيل البدليه مثلا إذا علمنا بنجاسه أحد هذين الكأسين فالصفه النفسانيه قد تعلقت بالعنوان الجامع بين الكأسين أعنى عنوان أحدهما بحيث انه قابل الانطباق على كل فرد منهما على سبيل البدليه من غير أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بل قوامه بانطباقه على أن يكون لهذا العنوان واقعيه أصلا فى الخارج بال قوامه بانطباقه على الافراد فإذا علمنا بعد ذلک أن النجاسه انما هى موجوده فى الكأس الشرقى دون الغربى فلا ينكشف من ذلک أن الكأس الشرقى من الأول متعلق لهذا العلم أو علم إجمالا ـ بكون أحد الكأسين بولا ـ أو خمرا فعلم بعد ذلک تفصيلا كون هذا الكأس، بل المعلوم فى جميع موارد علم الإجمالى انما هو عنوان أحدهما و كذلک القدره و سائر الأوصاف النفسانيه مثلا لو كان أحد متمكنا من أكل أحد الرغيفين دون كلاهما معا أو على التدريج فإنه إذا أكل واحدا منهما لا ينكشف من

دون الأول أنه لم يكن قادرا الّا على أكل هذا الخبز فقط دون الأخر، بل هو من الأول كان قادرا لهذا و قادرا لذلك أيضا فإذا صح تعلق الأوصاف الحقيقه على العناوين الاعتباريه فتعلق الأوصاف الاعتباريه عليها بمكان من الإمكان.

و توضيح ذلك أن الملكيه ليست من الأمور الموجوده فى الخارج كسائر الاعراض الموجوده فيه، و انما هى اعتبار اضافه المملوك الى المالك و نسبته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۷۹

اليه و انما الموجود فى الخارج متعلق هذه الإضافه من الامورات التكونيه أو الكليات الاعتباريه فهذا الأمر الاعتبارى كما يصح أن يتعلق بالأعيان الخارجيه فكك يصح أن يتعلق بالأمور الاعتباريه التى لا واقعيه لها أصلا إلّا الاعتبار المحض فإذا باع صاعا من صبره من شخص فقد ملك كليّا و أمرا اعتباريا جامعا للأفراد الخارجيه على سبيل البدليه و قابل الانطباق عليها كذلك من غير أن يكون المشترى مالكا للخصوصيات بحيث أن للمالك تطبيق ذلك الجامع أيا من الافراد الموجوده فى الخارج و هذا معنى تمليك الطبيعه و حفظ الخصوصيات فى ملك نفسه و إذا طبقه على فرد منها و عيّنه فى الخارج لا ينكشف منه أن المملوك من الأول كان هو هذا الفرد المعين و الّا فمعناه أن الخصوصيه كانت مملوكه للمشترى و هو خلاف المفروض فى بقائها فى ملك البائع و انما المملوك كان هو الجامع و البائع باختياره طبقه على الفرد المعين و أسقطه عن الانطباق على جميع الأفراد.

و عليه فإذا باع صاعين كليين من الصبره من شخصين فانطباق كل منهما على صرف الوجود من كل واحد من صاع تلك الصبره على حد سواء و ليس لأحدهما مزيّه على الأخر بوجه.

و عليه فلا

وجه لما ذكره المصنف من انه فى صوره بيع صاعين من شخصين مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد فقط يكون الباقى للمشترى الأول فقط لأن مملوك المشترى الثانى ينطبق على غير الصاع الذى انطبق عليه مملوك المشترى الأول و هذا نظير ما إذا باع صاعين من الصبره من شخص واحد فهل يتوهم أحد أن كل واحد من صاعين يكون منطبقا على غير ما انطبقه الأخر، بل انطباق كل منهما على كل من صياع الصبره على حد سواء، كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۰

و على هذا فنسبه الصاع الباقى الى كل من المشتريين على حد سواء و ح فهل الباقى بتمامه ملك للمشترى الأول أو بتمامه ملك للمشترى الثانى أو يكون لأحدهما فقط بتعيين المالك البائع أو يقسم بينهما بالنصف أما كونه ملكا لهما معا على نحو الاستقلال و التمام فغير محتمل جزما لانه لا يعقل ان يكون الشى ء الواحد مملوكا لاثنين على نحو الاستقلال.

و أما كون اختيار التعيين تحت يد البائع فهو أيضا واضح البطلان فإنه انما يكون كذلك إذا كانت الخصوصيات باقيه تحت ملكه كما إذا كانت الصياع متعدده فإنك عرفت أنه ليس للمشترى حق التعيين أصلا و انما هو راجع الى البائع فإن المبيع ليس إلّا الطبيعه فالخصوصيات باقيه تحت ملكه الاختيار فى تعيين ذلك الكلّى بأىّ فرد شاء و هذا بخلافه هنا فإنه مع تلف الصبره و بقاء صاع واحد ينحصر الحق بالمشترى و يرتفع مملوك البائع أصلا فإنه انما كان فيما يكون له اختيار تطبيق الكلى بهذا أو بذلك فمع التلف و بقاء الصاع الواحد ارتفع موضوع هذا الاختيار أصلا و لم يبق له ملكيه فى هذا

الفرد بوجه و قد عرفت قريبا أنه لا يعقل أن يكون شی ء واحد مملوكا لشخصين فصاعدا على نحو الاستقلال.

و أما التنصيف فهو الحق فإنک عرفت عدم معقوليه ملكيه كليهما على الباقی و تخصيص أحدهما دون الأخر تخصيص بلا مخصص إذ ليس فی البين مرجح الّا مجرد سبق الزمانی فهو فی نفسه لا يكون مرجحا فلا بد من القول بالتبعيض فيكون لكل من المشتريتين النصف لما عرفت مرارا أنه إذا كان المبيع مركبا من الاجزاء فيكون البيع منحلا إليها حسب تعدد الاجزاء فح ان كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فی ازديادا الثمن فيكون للمشتری خيار تبعض الصفقه و الا فلا خيار له أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۱

و بالجمله فعمده غرضنا أنه لا وجه لتخصيص الباقی بالمشتری الأول و القول ببطلان البيع الثانی و انفساخه لكونه من صغريات التلف قبل القبض بدعوى منع انطباق الكلی الثانی على جميع الصياع، بل انما يكون انطباقه على غير الصاع من هذه الصبره كما لا يخفى. فافهم.

و قد انتهى الكلام إلى أنه إذا باع صاعا من صبره من شخص ثم باع صاعا من صبره من شخص آخر فتلف الصبره و لم يبقى منها الا صاع واحد فهل يكون ذلک للمشتری الأول كما اختار المصنف أو ينفسخ العقد فيهما معا و يعود الباقی الى ملک المالک الأول أو يتخير المالک الأول بين أن يعطيه من المشتری الأول أو من المشتری الثانی أو يحكم بالتنصيف فذكر المصنف أنه يتعين للاول و قد عرفت أنه لا وجه له فان كل من المشتريين قد ملكا كليّا من صياع الصبره الذى قابل الانطباق على جميع الصياع و صار شريكا فيها فنسبه كل منهما الى كل

من الافراد على حد سواء بحيث أن للبائع الذى ملك الكلى السارى و حفظ الخصوصيات أن يطبق على كل من الكليين على أىّ فرد من الافراد شاع فإذا تلفت الصبره و لم يبق إلا صاع واحد فبأى مرجح يتمحض ذلك بالمشترى الأول مع أنا فرضنا أن مملوك كل منهما ليس إلّا الكلى السارى فتخصيص الباقى بالأول بلا مخصص و مرجح فإنه ليس فى البين مرجح الا السبق الزمانى و كون المشترى الأول أسبق من البيع للمشترى الثانى فلا دليل على كونه مرجحا فى البين.

و أما كون التخيير تحت يد البائع فهو واضح البطلان فإنه بعد ما خرج المبيع عن ملكه فأى اختيار له فى ذلك و توهم أن الخصوصيات كانت مملوكه له فله تمليكها بأىّ منهما شاء توهم فاسد فإنه لا يعقل تمليك العين عاريه عن الخصوصيات إذ لا وجود للعين الخالى عنها فى الخارج فإن الشى ء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۲

إذا تشخص و وجد فى الخارج خرج عن الكليه و إذا لم يتخصص بخصوصيه لا يعقل وجوده فى الخارج فبالشرط فى ضمن العقد يشترط المشترى على البائع أن يملك البائع الخصوصيات أيضا أى إذا تعين حقه فى شى ء تكون الخصوصيات أيضا للمشترى حتى مع كون المبيع كلّيا.

نعم ما دام المبيع كلّى فالخصوصيات تحت ملك البائع و أما مع التعين فيكون الخصوصيات أيضا كنفس العين ملكا للمشترى فليس للبائع اختيار فى إعطاء الباقى للأول أو الثانى.

و يبقى القول اما بالانفساخ أو التبعيض و ربما يقال بالأول، فإنه لا يمكن القول بصحه كليهما و لا بصحه أحدهما دون الأخر لعدم المرجح فى البين فيسقطان معا للمعارضه كما هو كذلك فى سائر العقود كما إذا

باع داره أو أجرها أو وهبها من شخص و باعها وكيله من شخص آخر فى ذلك الزمان فإنه يحكم فى أمثال ذلك بالتساقط و رجوع الدار الى صاحبها الأول فإن العمومات تتعارض فى شمولها لكل من العقدين.

و لكن الظاهر عدم التساقط هنا و وضوح الفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود و الوجه فى ذلك هو ان المعامله الواحده إنما تنحل الى معاملات عديده حسب انحلال المبيع سواء كانت بيعا أو إجاره أو هبه، فالعقد الصادر من الموكل بتمام اجزائه معارض مع العقد الصادر من الوكيل فى ذلك الوقت إذ لا ترجيح فى شى ء من الاجزاء لأحد الطرفين فيسقطان للمعارضه و عدم إمكان شمول العمومات لأحدهما دون الأخر لكونه ترجيحا بلا مرجح.

و بالجمله أن العقد الصادر من الوكيل إنما يبتلى بالمانع الذى هو العقد الصادر من الموكل و بالعكس فكل منهما يمنع عن وقوع الأخر فيعارض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۳

شمول العموم لكل منهما مع شمولها للآخر فيتساقطان لعدم الترجيح بلا مرجح.

و هذا بخلافه فى المقام فإنك عرفت أن ما بيع لكل من المشتريين أمر كلى قابل الانطباق على جميع الافراد و كذلك اجزاء المبيع ففى هنا بيوع متعدده حسب تعدد المبيع بالانحلال و كل مبيع فى كل بيع قابل الانطباق على جميع أجزاء الصبره من غير أن يكون بينهما تزاحم و تمانع أصلا كما كان كذلك فى سائر العقود فى الفرض المذكور و لكن إذا تلفت الصبره و لم يبق الّا الصاع الواحد فيسقط المبيع الكلى من الطرفين عن السريان و ينحصر ما ينطبق عليه الكليان بالفرد الواحد و ح فكل من البيعين يتعارضان فى الانطباق الى الموجود الخارجى الذى

هو فرد من الصاع من حيث المجموع للمعارضه و لكن انطباق حق كل من المشتريين بنصف الصاع فلا معارضه بينهما فيحكم بالتبعيض فالعمومات تشمل على البيعين بالنسبه إلى النصف بلا معارضه و ليس للبائع أن يعطى مجموع الصاع لأحدهما دون الأخر لعدم بقاء الاختيار له بالنسبه إلى المجموع نعم بالنسبه إلى النصفين فاختياره باق على حاله فله أن يعطه لأحدهما هذا النصف و للآخر ذلك و بالعكس و هذا واضح لا شبهه فيه و اما ثبوت الخيار فقد أشرنا اليه و يأتى تفصيل الكلام فيه فى الخيارات.

ثم ذكر المصنف فرعا أخر لبيان الثمره و هو أنه أن المبيع انما يبقى كليّا ما لم يقبض و أما إذا قبض فان قبض منفرد عما عداه كل مختصا بالمشترى و ان قبض فى ضمن الباقى بأن أقبضه البائع مجموع الصبره فيكون بعضه وفاء و الباقى أمانه حصلت الشركه لحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و اقباض حتى يخرج التالف عن قابليه تملك المشترى له فعلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۴

و ينحصر حقه فى الباقى فح حساب التالف على البائع دون المشترى ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما الى أن قال، نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء، بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الامانه حتى يعيّن البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض.

أقول: أن هنا أمران و لا نتجاسر على المصنف أنهما قد اختلطا.

الأول: ان التلف بعد القبض انما يحسب على المشترى و عليه، فإذا أقبض البائع مجموع الصبره من المشترى فأثره أنه لو تلفت الصبره بكلها يكون المبيع أيضا تالفا و لا يكون مثل التلف قبل

القبض فيحكم بالانفساخ.

الثانى: تعيين المبيع الكلى و تطبيقه على فرد خاص و عدم تعيين ذلك فإنه على الأول فيكون تلف كل من المال المعين على صاحبه و أما مع عدم التعين فلا وجه لكون التالف عليهما مع كون المبيع كلّيا كما هو المفروض فان مجرّد اقباض المبيع على كليته لا يوجب انقلابه إلى الشركه، بل انما قبضه المشترى على سريانه أى أنه باقى على سريانه الأوليه مثلا كانت الصبره عشره أصوع فباع مالكها صاعا منها ثم أقبضه مجموع الصبره فإنه لا يوجب تعيين حقه أو قلبه إلى الإشاعه فإنه بأى موجب زالت ملكيه البائع على الخصوصيات الموجبه لكونه مختارا فى تطبيق حق المشترى بأى فرد شاء.

و توهم أن المشترى و ان ملك كليا و لكنه مالك له مع خصوصيه، فإن مقتضى الشرط الضمنى هو ذلك فإنه انما يشترى صاعا من الصبره ليستقل فى التصرف فيه لا أن يكون باقيا على كليته و هذا الشرط موجود فى ضمن العقد.

و هو توهم فاسد فإنه و ان كان صحيحا فى أصل الاشتراط و لكن لا يقتضى ذلك تعيين حق المشترى بصاع خاص ثم انقلابه إلى الإشاعه و قد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۵

عرفت أنه يمكن أن يقبض المشترى المبيع على كليته فإنه مع أخذ الصبره مجموعا يأخذ المبيع أيضا لكونه موجودا فى ضمن الصبره كما أنه مع التعيين يكون موجودا فى ضمن الفرد الشخصى فإن الكلى الطبيعى موجود بوجود الفرد.

و بالجمله أن المبيع كان هو الكلى السارى فهو باق على حاله فلا يخرج عن السريان بقبض المشترى كما لا يخفى.

نعم لو بدل الكلى بالاجزاء على نحو الإشاعه بمعامله جديده فيحكم بالإشاعه فيصح ما ذكره المصنف و

لكنه لا يمكن بـدون المعامله الجديده فإن خروج الخصوصـيات عن ملك البائع و خروج الكلى عن ملك المشترى و تبدل كل منهما بالاخر يحتاج الى دليل فهو منتف فى الخارج و نحن لا ندعى الاستحاله بل ندعى عدم الدليل على هذا، فافهم.

و كيف كان فلا فرق فيما ذكرناه من التحقيق بين ما قبل القبض و ما بعده بوجه.

و أمـا ما ذكره من أنه لو اقبضه على نحو الامانه فهو متين فإن البائع مالك لجميع الخصوصـيات مع الصبره فإذا باع صاعا منها فله أن يطبق هذا الكلى بأى فرد شاء فإذا أقبضـها من المشترى مجموعا لتكون أمانه عنده فلا يوجب ذلك خروج الخصوصـيات عن ملكه فإنه بلا موجب فإنه لم يقبضها بعنوان اقباض الحق، بل الامانه و ح فإذا تلفت الصبره أجمع فيكون حكمها حكم التلف قبل القبض.

لو باع ثمره شجرات و استثنى منها أرطالا معلوما

قوله: و انما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمره شجرات و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۶

استثنى منها أرطالا معلومه أنه لو خاست الثمره سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزل الأرطال المستثناه على الإشاعه.

أقول: قد عرفت أنه ذكر المصنف أنه لو باع صاعا من الصبره أو منّا من الحنطه فيحمل على الكلى، و يكون المبيع هنا كلى المنّ و كلى الصـاع ملغى عنه الخصوصـيات السـارى على جميع أمنـان الصـبره و أصواعه و رتب عليه أنه لو تلفت الصبره و لم يبق الّا بقدر الصاع و المنّ فيحسب التالف على البائع لكونه تلفا قبل القبض.

ثم ذكر ان ظاهر الفقهاء فى بيع ثمره الشجرات و استثناء أرطال معلومه منها على خلاف ما ذكرناه فإنهم ذكروا هنا أنه لو خاست الثمره فيحسب التالف على البائع و المشترى

و سقط من المستثنى بحسابه و قد ذكروا للتفصى عن هذه العويصه وجوها:- الأول: أن الفارق بين المسألتين هو النص فإن الصحيحه الوارده فى بيع الأطنان من القصب قد دلّت على حمل بيع الصاع من الصبره على الكلى، و الّا فمقتضى ظهور اللفظ هو الإشاعه فى كلا المسألتين.

و يرد عليه وجوه مع تسليم الحمل على الإشاعه فى بيع الكلى مع انا لم نسلم ذلك، و قلنا بأن ظاهر اللفظ هو الكلى مع ورود النص عليه كما عرفت.

الأول: ما ذكره المصنف (ره) من أنه ان كان النص واردا على طبق القاعده كما هو الظاهر، فان الظاهر أن الامام (ع) أجاب على طبق المتفاهم العرفى لزم التعدى منه الى مسأله استثناء، فإنه لا فرق بينهما الّا أن مسأله الاستثناء على عكس مسألتنا، هذا و هو بانفراده لا يوجب الفرق بينهما و ان كان واردا على خلاف القاعده و التعبد المحض فلا يجوز التعدى من مورده أعنى بيع القصب الى غيره، بل من غير المشتغلين فهل يتبع حينئذ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۷

كبيع الصاع من صبره الحنطه و الشعير و نحوهما.

و يمكن الجواب عنه بدعوى القطع بعدم الفرق بين بيع القصب و بيع الحنطه فإنهما من واد واحد، لأنا نقطع بأنه لو كان السائل يسأل الإمام (عليه السلام) عن بيع عشره آلاف أرطال من الحنطه من أرطال و تلفت إلّا عشره آلاف فأجاب الإمام (ع) بمثل ما أجابه فى بيع القصب.

الجواب الثانى: ما ذكره المصنف فى آخر كلامه من أنه لو قلنا بالإشاعه للزم عدم جواز تصرف المشترى فى الثمره إلّا بإذن البائع، بل يجوز له التصرف فى الثمره.

و ثالثا: ما أشار إليه المصنف أيضا من

أن لازم الحمل على الإشاعه أنه لو تلف مقدار من الثمره بتفريط المشترى كان ضامنا للبائع فى حصه من التالف و يكونان شريكين بالنسبه إلى الباقى مع انهم حكموا بوجوب أداء المستثنى تماما من الباقى فهو لا يجتمع مع الإشاعه، بل مع الملكيه كما لا يخفى.

و رابعا: يلزم أن يكون النص واردا على خلاف ما قصده المتبايعان فان لازم الظهور النص فى الإشاعه و خروج مسأله بيع الأطنان من القصب على خلاف القاعده للنص يلزم أن يحكم الامام (ع) على خلاف ما قصداه من العقد فهو لا يمكن فإنه لو فرضنا أن السائل كان يصرح بالإشاعه كان يحكم الامام (عليه السلام) بكون المبيع كليا و قد مرّ مرارا عديده أنه أمر غير معهود.

الثانى: أن مقتضى ظاهر اللفظ فى المسألتين هو حمل الصاع على الكلى الّا أنه قام الإجماع على الحمل على الإشاعه فى مسأله الاستثناء.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۸

و فيه أولا: أن الإجماع ليس بنفسه حجه بل لكونه كاشفا عن دليل معتبر، و نحن نقطع بانتفائه فى المقام و عدم استنادهم اليه.

و ثانيا: يرد عليه ما أوردناه على الوجه الأول من الوجوه الثلاثه الآخره.

الثالث: أن الفارق بين حمل الصاع على الكلى فى المقام و بين حمله على الإشاعه فى مسأله الاستثناء و نظائره كالزكاه التى يحسب التالف فيها على المالك و الفقراء أن الفارق هو اعتبار القبض فى لزوم البيع و وجوبه على البائع فى بيع الكلى فما دام يمكن دفع المبيع إلى المشترى يجب الإقباض كما فى بيع الكلى فى الذمه و هذا بخلافه فى مسأله الاستثناء و الزكاه.

و فيه أولا: ما ذكره المصنف من أنه مضافا الى تحقق إيجاب القبض فى

مسألتی الزکاه و الاستثناء أن وجوب الإقباض و لزوم العقد مسلم و لکن لا دلیل لوجوب الإقباض فی اللزوم بوجه، و لا نفهم معنی هذه العباره کما لم یفهمه المصنف، و ان إیجاب القبض علی البائع فرع کون المبیع کلّیا و منطبقا علی الباقی فإنه مع عدم البقاء کلا أو بعضا لا یبقی موضوع لوجوب الإقباض لانفساخ العقد.

و بعباره أخری حکم حمل المبیع علی الإشاعه هو انفساخ العقد فی المقدار التالف و عدم بقاء الموضوع لوجوب الإقباض و حکم حمله علی الکلی هو بقاء المبیع و وجوب دفعه الی المشتری و إقباضه منه هذا بحسب الکبری و أما إحراز الصغری و إثبات أنه محمول علی الإشاعه أو علی الکلی فلا بدّ و ان یتحقق من الخارج فإثبات الکلیه بوجوب الإقباض الذی فرع علی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۸۹

الکلیه مصادره واضحه.

و ثانیا: أن دلیل أخص من المدعی فانا نفرض موردا یکون المبیع تحت ید المشتری فی بیع الکلی اما بالإجازه أو بالأمانه أو بالعاریه، أو بالغصب، فح فالمبیع تحت ید المشتری فلا موضوع لوجوب الإقباض أصلا و من هنا یعلم أن قیاس المقام ببیع الکلی فی الذمه فرع إحراز الکلیه کما لا یخفی.

و أما قیاس الاستثناء بالزکاه، ففی غیر محله إذ لیس الفقیر شریکا مع المالک فی المال الزکوی کما حقق فی محله.

الرابع: ما ذکره فی مفتاح الکرامه من إبداء الطرق بین المسألتین بدعوی أن التلف من الصبره فی المسأله السابقه أعنی بیع الکلی انما هو قبل القبض فیکون علی البائع و یلزم علیه مع ذلک أن یسلم من الباقی تمام المبیع فإنه لم یذهب منه علی المشتری شی ء لأجل التلف و هذا بخلاف

مسأله الاستثناء فان التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى، أما على الإشاعه بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البائع هناك فإنه حكم بضمانه هناك.

و بعباره أخرى أن المشترى فى بيع الكلى يتلقى الملك من البائع فما دام فى البين مصداق للكلى المبيع لينطبق عليه ذلك الكلى فيجب إقباضه بإقباض المصداق، و هذا بخلاف الاستثناء، فان المستثنى فيه من الأول باقى فى ملك البائع فلا يجب التسليم و الإقباض و الإيفاء أصلا فيكون التلف عليهما لكون كل منهما مالكا للخصوصيات.

و بعباره ثالثه: أنه يدعى أن المبيع فى المقامين هو الكلى.

و الجواب عنه: أولا: من تبعيه وجوب الإقباض بكون المبيع كليا و متفرعا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۰

عليه و عدم كونه نحو الإشاعه فإثبات الكليه بوجوب الإقباض مصادره واضحه و ثانيا: أن الدليل أخص من المدعى فان تفرض المبيع تحت يد المشترى فى بيع الكلى اما بالغصب أو بغيره كما تقدم.

و ثالثا: بناء على الإشاعه فى مسأله الاستثناء لا يجوز للمشترى أن يتصرف فى الثمره إلا بإذن البائع و مع إتلافه مقدارا منها فيكون ضامنا لحصه البائع مع اشتراكهم فى البقيه كما ذكره المصنف.

و رابعا: ما ذكره المصنف من أنه ان كان المراد من التلف بعد القبض أى بعد قبض المشترى فلا شبهه أن البائع ح لا يضمن التالف من حق المشترى و انما الإشكال فى الفرق بين المسألتين.

و ان أريد منه أن الكلى الذى يملكه البائع تحت يده بعد العقد، فحصل الاشتراك عنده فإذا دفعه الى المشترى فدفع مالا مشتركا اليه، فح أيضا يبقى سؤال الفرق بين قولنا بعتك صاعا من الصبره و بين قولنا بعتك

ثمره البستان إلا أرطالا معلومه فكلاهما من واد واحد فلما ذا حصل الاشتراک فی الثانی دون الأول فإن کون المجموع تحت ید البائع لا یوجب الاشتراک و لا یرد علی المصنف أنک قلت بحصول الاشتراک فی بیع الکلی بإقباض البائع مجموع الصبره فلما ذا لا یحصل الاشتراک هنا بکون مجموع الثمره تحت ید البائع، فالبائع هنا بعینه مثل المشتری هناک.

فانا نقول ان المصنف قد التزم هنا بالاشتراک لمکان الإقباض فإن اقباض المالک الکلی یوجب تملیک الخصوصیه و تملیک الخصوصیه موجبه للاشتراک بخلافه هنا نعم لو کانت الثمره تحت ید المشتری و هو یقبض البائع مجموع الثمره فحصل الاشتراک فحصل الفرق بین المقامین و ان لم نقبل ما ذکره المصنف و قلنا ان إعطاء الصبره للمشتری بأجمعها لا یوجب الاشتراک

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۱

کما عرفت.

الجواب الخامس: ما ذکره المحقق الایروانی أن الذی ینبغی مقایسته من مسأله الأرطال بمسأله بیع صاع من الصبره هو المبیع و هو ما عدا الأرطال دون نفس الأرطال التی لم تقع علیه المعامله فإن مکانه الأرطال هنا مکانه بقیه الصبره مما عدا صاع منها من تلک المسأله و مکانه ما عدا الأرطال هنا مکانه الصاع من تلک المسأله فإن المعامله وقعت علی ما عدا الأرطال فیکون المبیع کلّیا فمقتضی القاعده هنا کون التلف علی البائع و لکن حیث کان التلف بعد القبض مع کون حق البائع من الأرطال منتشرا فی المجموع فیکون التلف منهما.

و فیه أولا: أنه خلاف المتفاهم العرفی فإنه لو ألقی هذا الکلام لأحد لا یفهم منه الّا کون المستثنی منه ملکا للمشتری بجمیع الخصوصیات بحیث قد ملکه البائع العین بجمیع الخصوصیه فلا وجه لکون المستثنی منه

أيضا كليا.

و ثانيا: يرد عليه مما تقدم من عدم جواز تصرف المشترى فى المجموع إلّا بإذن البائع و حساب التالف عليهما حتى لو كان المتلف هو المشترى و كون البقيه بينهما سيان غايه الأمر أن المشترى يضمن للبائع فى حصته فى صوره الإتلاف.

قوله: و يمكن أن يقال ان بناء المشهور فى مسأله استثناء الأرطال أن كان على عدم الإشاعه.

أقول: هذا هو الوجه من الأجوبه قد أجاب به المصنف على تقديرى الكلى و الإشاعه أما على الأول كما هو الظاهر فلأن المتبادر من الكلى المستثنى هو الكلى الشائع فيما يسلم للمشترى لا ـ مطلقه الموجود وقت البيع و هذا الجواب بظاهره يعطى خلاف المقصود فإن الإشكال كان فى حمل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۲

بيع صاع من الصبره فى المسأله السابقه فظاهره المنافاه لبيع الثمره و استثناء الأرطال المعينه حيث ذكر الفقهاء أن التالف يحسب عليهما فان هذا ظاهر فى الحمل على الإشاعه و ظاهر ما ذكره المصنف هنا هو عدم حساب التالف عليهما، بل على المشترى فلا يكون هنا تنافى مع المسأله السابقه مع أن المشهور حكموا بكون التالف عليهما و لعله سقط فى كلامه و أنه أراد ما سنذكره من الجواب.

و أما على الثانى فأجاب بأن المستثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشترى بالبيع كلّيا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع فمعنى بعتك هذه الصبره إلّا صاعا منها بعتك الكلى الخارجى الذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لان نسبه كل جزء منه الى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحدهما به ترجيح

من غير مرجح و كذا التالف نسبته إليهما على حد السواء فيحسب عليهما، و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كلّيا فان مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبره إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصاع.

مثلا إذا كان عنده خمسين رطلا من الطعام فباعه إلا عشره أرطال فإن هذه العشره تكون كليه فإذا كانت كليه فتكون المستثنى منه قهرا كليا أيضا فالمال الموجود فى الخارج مشترك بينهما على الإشاعه فيكون التالف عليهما.

و فيه أولا: أنه لا وجه لكون المستثنى منه كلّيا إذ البائع كان مالكا للارطال مع الخصوصيات فإذا باعها من شخص إلّا أرطالا معلومه فتكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۳

الخصوصيات ملكا للمشترى و الّا يلزم أن تبقى مال بلا مالك أو تكون ملكا لشخص آخر بلا سبب ملك، فكل ذلك لا يمكن الالتزام به على أن هذا لا يرفع الاشكال و هو أنّه على الإشاعه كيف يجوز للمشترى أن يتصرف فى المجموع بلا إذن البائع الشريك مع انهم أفتوا بجوازه و أنه مع الإتلاف من المشترى كيف يحسب عليه و يكون حق البائع فى الباقى مع أن مقتضى الشركه كون التالف عليهما و ضمان المشترى على حصه البائع و كونهما شريكين فى الباقى أيضا و لعله التفت بعدم صحته و قال أن هذا ما خطر ببالى عاجلا و لعل غيرنا يأتى بأحسن من هذا، و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ اليه ذهنى القاصر الى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفى اللّه عن الزلل فى المعاثر.

و بالجمله لم يتحصل لنا من الأجوبه التى لاحظناها ما يرفع الاشكال

و يوجب جواز الجمع بين حساب التالف عليهما و جواز تصرف المشتری فی المجموع و كون التالف عليه فی صوره إتلافه فلا بد فی المقام من جواب يجمع بين هذه الأمور الثلاثه.

و الذی ينبغی أن يقال و لعله هو محتمل الجواب الأول للمصنف و أن المستثنی هو الأرطال المعلومه بعنوان الكسر الكلی كما هو الظاهر من اضافه من مجموع ما سلم للمشتری دون مجموع المال و ليس المستثنی هو الكسر المشاع بل الأمر كذلك حتی مع التعبير عنه بلفظ المن و الصاع و الرطل و نحوها فان الظهور العرفی منها و ان كان عنوان الكلی منها بنفسها و لكن الارتكاز جار علی كونها علی أحد النسبه الممكنه فی الصبره كواحد من المائه مثلا مما سلم بحيث يكون الباقی و التالف بينهما سيان و هذا لا ينافی الكليه كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۴

و توضيح ذلك أن بيع الكسر الكلی يتصور فی مرحله الثبوت علی أقسام ثلاثه:- الأول الكسر الی المبيع كقولك بعتك نصف الصبره أو ربعها مثلا أو غيرهما من الكسور أن يكون علی نحو القضيه الخارجيه فإنه موجود فی هذه الصبره بعنوان الكليه دون الإشاعه فإن ربع هذه الصبره أمر كلی لأنه قابل الانطباق علی هذا الطرف و ذلك الطرف من اليمنی أو اليسری أو الفوق أو التحت، الی غير ذلك مما يكون فردا لهذا الكلی و يكون هو قابل الانطباق عليه من افراد المتصوره.

الثانی: أن يكون المبيع كسرا كليا و لكن لا بنحو القضيه الخارجيه، بل بعنوان القضيه الحقيقيه و هذا المعنی و ان لم يجر فی البيع لكونه موجبا للجهاله و الغرر و لكن يمكن جريانه فی باب الوصيه

و ان لم يعهد فيها هذا الوجه أيضا، لأن المعهود فى الوصيه هو الوجه الثالث و لكن لو أوصى أحد كذلك فلا محذور فيه شرعا كما إذا اوصى بأن كلما يكون مالا لى فربعه على نحو الكسر الكلى لفلان، فان هذه قضيه حقيقيه تنطبق على ربع كل مال حصل فى يد الموصى فيكون للموصى له بنحو الكليه لا بنحو الشركه.

الثالث: أن يكون أيضا كليّا على نحو القضيه الخارجيه و لكن تكون فى حصه خاصه و هذا أيضا لا يمكن فى البيع للجهاله و الغرر و لكنه موجود فى باب الوصيه جدا بحيث لو اوصى أحد كك فلا محذور فيه و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات و ان كانت هو الارتكاز كما يمكن دعواه فى الوصيه و البيع فان الارتكاز على ذلك بل الأمر كك فى باب الوصيه غالبا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۵

و الشركه على نحو الإشاعه فيها نادره جدا كما إذا اوصى لزيد ربع ما يسلم للورثه على نحو الكسر الكلى بمعنى أن كما اجتمع أموالى تحت يد الورثه فربعه لزيد على نحو الكلى دون الإشاعه و هذا المعنى كما عرفت موجود فى باب الوصيه فإن من اوصى ربع ماله لفلان فليس معناه أنه شريك مع الورثه على الإشاعه و لو بقرينه الارتكاز و لا أن ربع مجموع المال أعم مما يسلم و مما لا يسلم له و الّا فربما يكون ما يحصل من التركه للموصى له مجموعا بل معناه أن ربعه الكسرى الكلى الذى يسلم من التلف و الظاهر أنه لا يشك أحد فى صحه ذلك الكلام فى هذا المعنى و لو بالارتكاز العقلائى فى باب الوصيه بل

عليه جريان السيره العمليه ما لم تكن تصريح على خلافه من الشركه على نحو الإشاعه.

و بالجمله الـذى ذكرناه لا غبار فيه ثبوتا و ان كان يحتاج إلى القرائن فى مقام الإثبات فإن غرضـنا تصـحيح هـذا المعنى فقط فى عالم الثبوت ففى مقام الإثبات فيتبع لسان الـدليل كما لا يخفى أو القرائن الخارجيه كما فى باب الوصـيه و كذلک فيما نحن فيه لشهاده الارتکاز على ذلک.

إذا عرفت ذلـک فنـدعى جريـان ذلـک فى مسأله الاسـتثناء فـان قول القائـل بعتک مجموع الثمره إلا أرطالا معلومه معناه بعتک مجموعها کسـرا کليّا مما يسلم و هو الواحد فى المائه أو العشره أو أقل أو أکثر، مثلا فيکون عنوان الرطل معرّفا الى ذلک الکسر الکلى ففى الحقيقه أن البائع يسـتثنى من العشـر مثلا واحـدا مما يبقى من الثمره للمشترى الذى يسـمى کسـرا کليّا و يجعل عنوان الرطـل أو المنّ أو الصـاع معرّفـا اليه و هـذا و ان کان فى نفسه على خلاف الظاهر فان ظهور المن أو الرطل و نحوهما فى الکلى فى المعيّن و حملها على الکسر الکلى على خلاف الظاهر و لکن قامت القرينه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۶

على مـا ذکرنـاه و الارتکـاز فـإنه قـائم على اراده مـا ذکرنـاه من مثـل هـذا الکلام (بعتک الثمره إلّا أرطالا معلومه) فإن الارتکاز العقلائـى محقق على أن المراد منه هو الکسـر الکلى مما يسـلم و يتحصل للمشترى من الثمره دون الشـرکه و الإشاعه و لا الکلى فى مجموع الثمره بحيث أن ما يسـلم للمشترى لو کان بمقدار المستثنى يکون المجموع للبائع، بل هو الکسر الکلى أى حد معيّن من حد معين کالواحد من المائه مثلا.

و على هذا فنسلم من جميع

الإشـكالات فإنه لو تلفت الثمره بآفه سماويه يكون التالف عليهما فان حق البائع الكسر الكلى مما سالم للمشترى و التالف خارج بحسب الارتكـاز و لـو أتلفه المشـترى كـان حق البـائع من البـاقى، فـإن التـالف ممـا يسـلم فهو باختيـاره أتلفه و يجوز للمشـترى التصـرف فى مجموع الثمره لأن البائع ليس شـريكا فى الثمره حتى يحتاج تصـرفه إلى الإجازه و كان لفظ الكسر قبل لفظ الكلى فى عباره المصـنف لكان عين ما ذكرناه و كان (أن المتبادر من الكلى المسـتثنى هو الكسـر الكلى الشائع فيما يسـلم للمشترى لا مطلق الموجود وقت البيع) و لعله كان كـذلك و قـد سـقط من عبارته و اللّه العالم، و لا يلزم كون المعامله غرريه أو كون المبيع مجهولاـ فـان المـبيع معلـوم و هـو مجموع الثمره و مـا اسـتثنى من مجموع الثمره أيضـا معلوم، فـالتلف انمـا يرد على المسـتثنى و المستثنى منه المعلومين لا أن المبيع هو الباقى بعد التلف ليكون مجهولا أو غرريا كما هو واضح.

و يمكن الجواب بوجه آخر بأن يقال أن قولك بعتك مجموع الثمره هذا البسـتان إلّا عشـره أرطالا أن كل واحد من المسـتثنى و المسـتثنى منه يتحللان الى الاجزاء فكأنه قال بعتك عشـره إلا واحـدا فيكون مفاد ذلك أن المسـتثنى من كل عشـره واحده مثلا بنحو الكلى فى المعين و هكذا الى ان ينتهى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۷

كلما يتصور من الاجزاء التحليليه و الفرق بين هـذا و الوجه الأول هو أن فى الأول كان المشترى جائز التصـرف فى المجموع لأن حق البـائع كـان كليـا بخلافه هنـا فـإنه لاـ يجوز له التصـرف فى المجموع فـان المفروض أن الواحـد من كـل عشـره مثلاـ للبائع فبالتصرف فى

العشره قطعا ينصرف فی حق البائع أيضا، و لكن الشرط الضمنی موجود علی جواز التصرف فی المجموع.

و علی هذا فيرتفع الإشكال أيضا و يجتمع الأمور الثلاثه أما كون التالف عليهما فما ذكرنا كون المستثنی و المستثنی منه منحلين الی الاجزاء و أن من كل جزء جزء كالواحد من العشره فإذا تلفت العشره فيتلف من كل منهما جزء كما هو واضح.

و أما أنه يجوز للمشتری التصرف فی المجموع فلما عرفت من كون الشرط الضمنی علی ذلک.

و أما أنه مع إتلاف المشتری من الثمره شيئا فيكون حق البائع من الباقی فهو أيضا للشرط الضمنی و هذان الوجهان خصوصا الثالث علی خلاف الظهور بمكان و لكن الذی يسهل الخطب أن الغرض لتصوير كلام القوم فی مسأله استثناء الأرطال المعلومه من المبيع علی نحو لا يكون منافيا لحمل بيع صاع من الصبره علی الكلی فی المعيّن.

ثم لا يخفی عليک أنه يمكن الجواب بحمل الأرطال علی الإشاعه و الجواب عن عدم جواز تصرف المشتری فی المجموع و كون حق البائع من الباقی مع إتلاف المشتری مقدارا منه بالشرط الضمنی كما عرفته فی الوجه الثانی هذا ما عندنا و لعل غيرنا يأتی بما هو أحسن من ذلک كما ذكر المصنف بقوله هذا ما خطر عاجلا بالبال و قد اوكلنا تحقيق هذا المقام الذی لم يبلغ اليه ذهنی القاصر الی نظر الناظر البصير الخبير الماهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۸

عفی اللّه عن الزلل فی المعاثر.

الكلام فی أقسام بيع الصبره

قوله: قال فی الروضه تبعا للمحكی عن حواشی الشهيد أنّ أقسام بيع الصبره عشره.

أقول: حاصل ما ذكره الشهيد أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمسه و بإضافه خمسه أقسام للبيع الصبره المجهوله فتكون الاقسام عشره أما

أقسام الصبره المعلومه:- فالأول: أن يبيع مجموع الصبره فهذا لا شبهه فى صحته لانه لا تطرقه شى ء من الموانع الموجبه للبطلان.

الثانى: أن يبيع نصفها على نحو الإشاعه.

الثالث: يبيع مقدار منها كصاع تشتمل عليه الصبره، و هذا هو بيع الكلى فى المعيّن الذى تقدم الكلام فيه مفصلا، و قلنا انه لا شبهه فى صحّته أيضا.

الرابع: بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا و هذا أيضا لا إشكال فى صحته فان المبيع أمر معلوم و كذلك الثمن فلا شى ء هنا يوجب البطلان.

الخامس: أن يبيع كل صاع منها بكذا و نظير كذلك ما ذكره العلامه فى بعض كتبه من الإجازه كأن قال المؤجر أجرتک الدار كل شهر بكذا، و قد وقع مثل هذه الإجازه محل الكلام بين الاعلام هل هى صحيحه أم لا و مرادهم وقوع الخلاف فى غير الشهر الأول، فإن صحه الإجازه فى الشهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۳۹۹

متيقن كما ذكره العلامه من صحه الإجازه فى الشهر الأول لتضمن هذا القول اجاره هذا الشهر يقينا و المقام أيضا كذلك فلازم كلامهم فى الإجاره كون البيع صحيحا فى صاع واحد لكونه متيقنا من هذا الكلام من غير أن يقترنه ما يوجب البطلان و أما فى غير صاع الواحد فيحكم بالبطلان لكون المبيع مجهولا إذ لا يعلم أنه أى مقدار فان المبيع هو كل صاع من الصبره أى مقدار منها يريد المشترى و من الواضح أن عنوان كل صاع منها بكذا أمر مجهول، و هكذا فى المعدود و لكن قد حكم شيخنا الأستاذ على البطلان فى كلا المقامين لان تردد متعلق العقد بين الأقل و الأكثر يقتض الجهل به فيكون العقد فى الشهر الأول

أو فى الصاع الواحد صحيحا كما هو واضح على ما عرفت و ليس هذا مثل سابقه فان المبيع فيه مجموع الصبره، و إنما يتعين مقدار الثمن بالصاع فإنه باع مجموع الصبره على حساب كل صاع بكذا كما هو واضح، و هذا بخلافه هنا فان المبيع فى المقام هو كل صاع مع الجهل بأن البائع أى مقدار يريد أن يأخذ منها.

و بالجمله أن مجموع أقسام بيع الصبره صحيحه إلّا القسم الخامس فان كل ما يعتبر فى البيع و المبيع من عدم الغرر و الجهاله و وجود الكيل و الوزن و غيرها من الشرائط كلّها محقّقه فيه، و أما الخامس فقد عرفت بطلانه لجهاله المبيع كما هو واضح.

و أما إذا كانت الصبره مجهوله فيبطل بيع مجموعها للجهاله و الغرر و لاعتبار الكيل و الوزن و العد فى المكيل و الموزون و المعدود فكلها منتفيه فى ذلك و كذلك يبطل بيع جزء منها فان المجموع إذا كان مجهولا فيكون الجزء منها كالنصف و الربع و التسع أيضا مجهولا و إذا بطل فى المجموع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۰

بطل فى الجزء أيضا و كذلك يبطل بيع كل قفيز أو صاع منها بكذا فإنه كان فى فرض معلوميه الصبره باطلا فكيف إذا كانت مجهولا.

و أما بيع مجموع الصبره على حساب كل صاع منها بكذا فحكم المصنف و شيخنا الأستاذ بالبطلان هنا للجهاله و الغرر و لكن الظاهر هو الصحه هنا لعدم جريان شى ء من الموانع فيه أما الغرر فمنفى جزما فان المفروض أن كل من البائع و المشترى عالمان بما يأخذه من الأخر غايه الأمر لا يعلمان كل منهما أن أى مقدار يدخل فى كيسه و أى مقدار

يخرج منه و أما ان الخارج و الداخل على سبيل المجازفه ليكون غررا فلا، بل كل من الثمن و المثمن يدخل فى ملك الأخر على ميزانه و من الواضح انه لا دليل على كون مثل هذه الجهاله موجبه للبطلان، و أما سائر الجهات المعتبره فى البيع من الكيل و الوزن و العدد و غيرها فكلها موجود فيه، و مع ذلک فأى وجه للحكم بالبطلان، بل قد تقدم سابقا أنه يصح تبديل مقدار الأرز بمقدار من الحنطه مع الجهل بالمقدار لعدم الغرر و لكن النصوص الداله على اعتبار الكيل و الوزن فى المكيل و الموزون أوجب البطلان.

و بالجمله أن المستفاد من الروايات الوارده فى اعتبار الكيل و الوزن أن بيع المجازفه باطل، و مقابله عدم المجازفه و من الواضح أن بيع الصبره المجهوله على حساب كل صاع بدرهم بحيث يكون الخارج من ملک كل منهما و الداخل فيه معلوما ليس بيع جزاف بل بيع على الميزان غايه الأمر لا يعلم كل منهما أن أى مقدار يخرج من كيسه و أى مقدار يدخل فى كيسه و هذا مقدار من الجهاله لا دليل على كونها مبطله.

و أما بيع صاع منها بكذا فهو بيع الكلى من الصبره فأيضا لا شبهه فى صحته و ان لم يعلم مقدار الصبره فإن الجهل بها يوجب الجهل بنسبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۱

المبيع إليها بإحدى الكسور و هذا المقدار من الجهاله لا دليل على كونها موجبه للبطلان، كما لا يخفى.

و حاصل الكلام أن أقسام بيع الصبره المعلومه خمسه، و أقسامها المجهوله أيضا خمسه و يشترک بعضها مع بعض و يفترقان فى بعض الأقسام أما بيع الصبره مجموعا على حساب كل صاع

بدرهم فلا شبهه فی صحته سواء کانت الصبره معلومه أو مجهوله و أما فی صوره العلم بمقدار الصبره فواضح و أما مع الجهل بها و ان أشکل فیه المصنف و شیخنا الأستاذ و لکن الظاهر هو الصحه فی صوره الجهل أیضا إذ لا دلیل علی البطلان بوجه کما عرفت و مجرد کون المتبایعین جاهلین بمقدار ما یدخل فی کیسهما و یخرج عنه لا یوجب البطلان إذ لا دلیل علیه کما عرفت.

و أما بیع کل صاع بکذا من الصبره فلا شبهه فی فساده لجهاله المبیع و مجرد کونه معلوما عند اللّه لا یصح البیع إذ لا یعلم کل منهما أن الثمن و المثمن أی مقدار ففی مثل ذلک لا یعتبر العقلاء الملکیه أیضا فإنه یتوقف علی ما یقوم به الإضافه فالمبیع لا یعلم أنه أی مقدار حتی یعتبروا الملکیه علیه نعم فللصحه فی صاع واحد وجه فان الظاهر من مثل هذا الکلام کونه متیقن الإراده فیکون معلوما کما هو کذلک فی الإجازه أیضا و لا یفرق فی ذلک بین کون الصبره معلومه أو مجهوله فإن المبیع لیس هو مجموع الصبره، بل کل صاع و لا یقاس هذا بصوره بیع الصبره علی حساب کل صاع بکذا فان المبیع هو مجموع الصبره و ذکر الصاع لبیان المیزان للثمن و تقدیره.

و أما بیع مجموع الصبره أو نصفها أو ثلثها مثلا فلا شبهه فی صحته فیما إذا کانت الصبره معلومه إذ لیس فیه شی ء مما یوجب البطلان و أما فیما إذا کانت الصبره مجهوله فلا شبهه فی البطلان للجهاله و الغرر و کونه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۲

جزاف فلا بد من تقدیره بالکیل و الوزن و العد و

نحوها.

و أما بيع صاع من الصبره على نحو الكلى فأيضا لا شبهه فى صحته سواء كانت الصبره معلومه أو مجهوله أما فى صوره العلم بها فواضح كما تقدم الكلام فيه مفصلا و كذا فى صوره الجهل بها إذ ليس فيه غرر و جهاله الّا من جهه نسبه المبيع الى مجموع الصبره أنها بالنصف أو بغيره و هذا لا يوجب البطلان.

نعم وقع النزاع فى أنه هل يعتبر فى صحه البيع العلم باشتمال الصبره عليه أم لا، ظاهر شيخنا الأستاذ نعم من جهه أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و لكن الظاهر عدم الاعتبار وفاقا لشيخنا الأنصارى و ذلك لوجهين:- الأول ما افاده شيخنا الأنصارى من أنه لا غرر فى ذلك بوجه لا من جهه رفع الغرر بالخيار، بل لعدمه فى نفسه و ان قيل أن عدم العلم بوجود المبيع من أعظم أنحاء الغرر و توضيح ذلك أنه إذا باع بشرط أنه إذا لم تشتمل عليه الصبره فيكون له الخيار فهذا لا شبهه فى صحه و ليس له غررا أصلا فإنه مع عدم ظهوره ككك يكون له الخيار، بل يجوز له البيع معلقا على وجود المبيع فإنه مع عدمه يكون له الخيار و لا يضر التعليق هنا فإنه إنما يضر إذا كان معلقا على أمر خارجى لا على وجود المبيع فإنه ارتكازى ذكر أم لا، فضلا عن البطلان و توهم أن الخيار لا يرفع الغرر فهو حق فيما كان الخيار ثابتا بالتعبد لا بجعل المتعاملين أو بالشروط الضمنيه فإنه يرتفع الغرر بمثل ذلك.

و بالجمله أن المقام نظير ما باع ما يحاذى بمائه دينار بدينارين مع الخيار فإنه ليس له ضرر فى ذلك أصلا لكونه

مخيرا فی الإبقاء و الإمضاء،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۳

و انما يكون عليه ضرر إذا باع ككك لزوما و بدون الخيار، بل يصح البيع على تقدير الوجود من غير علم به أصلا لعدم الغرر فيه و ليس مثل بيع الطرفى الهواء و السمك فى الماء فإنه باطل لكونه بيعا منجزّا و على كل حال فليس التعليق موجبا للبطلان، فان التعليق على وجود المبيع من الأمور المرتكزه المقطوعه و من الشروط الضمنيه فيكون خارجا عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود.

الثانی: أنك عرفت مرارا أن البيع الواحد ينحل الى بيوع عديده باعتبار انحلال المبيع، و عليه فإذا باع وزنه من الصبره مع الجهل باشتمالها عليها فظهر انها غير مشتمله عليها فيكون البيع صحيحا فى المقدار الذى موجود فى الصبره و يبطل فى الباقى فيكون من قبيل ضم الصحيح بالباطل كبيع مال نفسه مع مال غيره و بيع الخل مع الخمر و بيع الغنم مع الخنزير.

و اما ثبوت الخيار و عدم ثبوته للمشترى فيتوقف على أن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الماليه كمصراعى الباب و جلدى اللمعه و اللغه و جوزى الخف و نحوها أم لا، فعلى الأول فيثبت له خيار تبعض الصفقه، و على الثانى فلا، و ذلك لما سيأتى فى باب الخيارات أن ثبوت غير الخيارات التعبديه كخيار المجلس و الحيوان و العيب انما هو بأحد أمرين أحدهما بالاشتراط و الثانى بكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كالأمثله المتقدمه.

الكلام فى بيع العين على المشاهده السابقه

اشاره

قوله: مسأله إذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها فان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۴

اقتضت العاده تغيّرها عن صفاتها السابقه إلى غيرها المجهول عند المتبايعين فلا يصحّ البيع الّا

بذكر صفات.

أقول: إذا شاهد العين فى زمان سابق فهل يجوز بيعها أم لا؟

فيقع الكلام فى مقامين،

اشاره

الأول: فى صحه البيع و عدمه، الثانى: فى ثبوت الخيار مع التخلف و عدمه.

أما المقام الأول [أى فى صحه البيع و عدمه]

فنقول انه تاره تقتضى العاده بعدم التغير، فلا شبهه فى صحه و لا خلاف فيها كما إذا شاهدها قبل ساعه أو ساعتين فإن العاده جاريه على بقائها على الحاله التى شوهد عليها كما إذا شاهد جاريه قبل شهر فاشترها بعد الشهر، فإن العاده جاريه على بقائها فى تلك الحاله الأوليه.

و اخرى أن العاده تقتضى عدم بقائها على الحاله الأوليه كما إذا شاهد الجاريه قبل أربعين سنه فى سن عشرين و وجدها جميله و قويه البصر و السمع على الخياطه و سائر الصنائع و بعد مضى الأربعين يريد أن يشتريها بتلك المشاهده فإن العاده جاريه على تغيرها قطعا و كونها عجوزه نهيبه باليه و ضعيفه البصر و قبيحه المنظره، و هذا لا شبهه فى بطلانه أيضا و كلاهما خارجان عن محل الكلام.

و انما مورد النزاع ما يشك فى بقائها على تلك الحاله الأوليه و عدم بقائها لعدم جريان العاده بشى ء فيها فهل يجوز البيع هنا، عملا بالاستصحاب لكونه من الطرق العقلائيه المتعارفه من غير ذكر شى ء من الصفات أم لا؟ فقد حكم المصنف بالصحه للاعتماد على الأصل المذكور و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ لعدم اعتبار الاستصحاب هنا لأن الأثر لم يترتب على الواقع، بل على إحراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن، فان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۵

ارتفاع الغرر من آثار العلم بوجود هذه الصفات فاستصحاب بقاء الصفات لا أثر له.

و يرد عليه أنه مخالف لما بنى عليه فى الأصول من قيام الأصول مقام القطع الطريقى المحض و القطع الموضوعى كليهما فح فلا مانع من ترتب الآثار المترتبه

على إحراز الصفات كانت فى الواقع أو لم تكن، و لكن الذى يرد على الاستصحاب أن الآثار هنا لا تترتب على الصفات الواقعيه و لا على إحراز الصفات الواقعيه أعنى العلم بكون العين على الصفات التى شوهدت عليها و انما من اللوازم العقليه لإحراز الصفات الواقعيه توافقت أم لا؟ و ذلك من جهه أن الأثر هنا هو عدم الغرر فهو من لوازم إحراز الصفات الواقعيه لا من أثارها الشرعيه و عليه فاستصحاب بقاء العين على صفاتها السابقه لا يثبت عدم الغرر الّا على القول بالأصل المثبت، و قد قلنا بعدم حجيته و على هذا فلا يصحّ البيع مع الاكتفاء على المشاهده السابقه مع الشك فى تغيرها و عدم تغيرها هذه هى الجهه الأولى.

الجهه الثانيه: إذا قلنا بصحه المعامله مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه

فإذا ظهر المبيع على خلاف ما شوهد سابقا فهل يحكم بالصحه بدون الخيار أو بالصحه مع الخيار للبائع، فى صوره الزياد و للمشترى فى صوره النقيصه أو يحكم بالبطلان وجوه، فذكر العلامه (ره) على ما نسب اليه أن البيع يكون باطلا.

فان كان غرضه من ذلك أن البيع انما يقع على الصفات و يبذل الثمن بإزائها كما هو ظاهر الكلام المنسوب اليه من أن ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيرد عليه أنه قلنا مرارا أن الثمن لا يبذل بإزاء الصفات، حتى الصفات التى تعد فى نظر العرف من الصفات النوعيه كصفحه الرجوله و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۶

الأنوثيه و ان كانتا فى الواقع من الاعراض و انما الأوصاف دخيله فى ازدياد الثمن و زياده الماليه فى الموصوف و الذى يقع فى مقابل الثمن انما هو الموصوف فقط و عليه فلا وجه للحكم بأن ما قصد لم يقع

و ما وقع لم يقصد.

نعم، لو كـانت الأوصـاف فى الصور النوعيه و وقع البيع بانيـا عليها فظهر الخلاف فيكون البيع باطلا لعـدم المبيع، فان ما وقع عليه العقد لم يبع و ما بيع لم يكن موجودا و هذا غير كون الثمن واقعا فى مقابل الأوصاف.

و ان كان غرضه أن العقد مشـروط بالشرط و هو الوصف الذى وقع عليه العقد لأن تخلّف الوصف بمنزله تخلّف الشرط و مرجع كل منهما إلى الأخر، فإذا انتفى الشرط انتفى المشروط.

و فيه أن فيه خلـط واضـح بين إطلاقى الشـرط فـإنه تاره يطلق و يراد منه ما هو جزء العله و من أجزائها الناقصه فهو صـحيح، فإنّ العله لا تؤثر فى المعلول الا بتمـاميه جميع اجزائها و لكنه غير مربوط بالمقام، فان العقـد غير معلّق بـذلك الوصف بحيث يكون الوصف المذكور من اجزاء علته، و الّا لبطل من غير ناحيه انتفاء الشـرط و هو قيام الإجماع على بطلان التعليق فى العقود كما هو واضح.

و تاره يطلق و يراد ما به المقصود فى باب المعاملات من اشتراط شى ء فى العقد من غير توقف العقد عليه وجودا و عدما بل هو التزام آخر فى ضـمن الالتزام العقـدى فقـد مر مرارا و سيأتى مفصّلا إنشاء اللّه تعالى أن انتفاء الشـروط لا يوجب البطلان و انما يوجب ثبوت الخيـار للمشـروط له و كيف كـان لا وجه لمـا احتمله العلامه (ره) من بطلان العقـد مع ظهور المبيع على خلاف المشاهـده السـابقه و يبقى احتمـال الصـحه بـدون الخيـار، و احتمالهـا مع الخيـار و قـد يقال بالصـحه و اللزوم بـدون الخيار، فان الوصف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۷

الغير المذكور فى متن العقد لا أثر له و

ان وقع العقد مبنيّا عليه كالشروط البنائيّه التى لا توجب تخلّفها شيئا أصلا.

فأجاب عنه المصنف بأنه فرق بين الشروط التى تكون مأخوذه فى العقد بدون الذكر و بين الشروط الخارجيه التى لا تؤخذ فى العقد الّا بالذكر فالأوصاف التى المرئيه الدخيله فى صحه البيع من قبيل الأول فحكمها حكم الاشتراط فى العقد كما لا يخفى.

و قد أوضحها شيخنا الأستاذ بأن الأوصاف و الشروط على أقسام أربعه:- الأول: أن يكون الوصف أو الشرط مذكورا فى ضمن العقد و هذا لا إشكال فى أن تخلفه يوجب الخيار.

الثانى: أن يكون مأخوذا فى العقد بالارتكاز العقلائى و بالدلاله الالتزاميه من غير أن يكون مذكورا فى العقد و هو ما يكون بناء العرف و العاده نوعا عليه كاشتراط كون النقد نقد البلد و تساوى المالين فى الماليه و اشتراط عدم كونها معيبا و اشتراط التسليم و التسلم و اشتراط كون المعامله نقديه و اشتراط كون التسليم و التسلم فى بلد العقد فبانتفاء شى ء من تلك الشروط يثبت الخيار للمشروط له و تسمى تلك الشروط بالشروط الضمنيه فلا إشكال فى أن تخلفها يوجب الخيار سواء ذكرت فى ضمن العقد أم لا- فلو قال البائع بعد بيع الحنطه أنا أسلّمها فى المزرعه الفلانيه، فإن الحنطه فيها رخصه فلا يسمع بل يثبت الخيار للمشترى لتخلف الشرط الضمنى.

الثالث: ما يتوقف عليه صحه المعامله كالوصف الذى لو لا وجوده لزم منه الغرر مثلا كموضوع البحث و هذا و ان لم يكن من الأوصاف النوعيه الّا أنّه داخل فى كبرى الحكم فإن بانتفائه ينتفى العقد لأنه إذا فرض كونه مما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۸

يتوقف عليه صحه المعامله و من الشروط الراجعه إلى العوضين

و فرضنا أن المتعاقدين أوقعا العقد مبنيّا عليه فلو لم يكن أولى من الالتزامات النوعيه فلا أقل من كونه مساويا لها من حيث دخولها تحت الالتزامات، و بالجمله الشروط التى توقف عليها صحه العقد معتبره فى العقد و بانتفائها يبطل العقد سواء ذكر فى العقد أم لا.

الرابع: الوصف الخارجى الشخصى الذى لا يعتبر فى العقد الّا بالذكر فلا يكفى فيه مجرد البناء عليه من المتعاقدين حين البيع فلا يوجب تخلفه الخيار بوجه.

فتحصل أن الأوصاف التى وقع العقد بانيا عليها ان كانت من الأوصاف النوعيه أو الأوصاف الشخصيه الدخيله فى صحه العقد عليها فتخرج عن الشروط البنائيه فتدخل فى الالتزام العقدى فما نحن فيه من قبيل القسم الثالث الذى يتوقف عليه صحه العقد و ما لا يوجب تخلفه الخيار الّا بالشرط فى العقد هو القسم الرابع أى الوصف الشخصى الخارجى الذى هو أجنبى عن العقد فلا يدخل فيه بالبناء عليه فتحصل أن العقد يصح مع الخيار فإذا تخلف عما هو عليه ثبت له الخيار.

و الحاصل: أنه إذا وقع العقد على المشاهده السابقه فظهر الخلاف فهل يحكم بالصحه أو بالبطلان و مع القول بالصحه هل يكون صحيحا بدون الخيار أو معه، وجوه، فاختار العلامه البطلان، لان ما وقع لم يقصد و ما قصد لم يقع، و قد أجبنا عنه بأن الواقع قد قصد فان العقد وقع على الموصوف و هو المقصود و الالتزامات الشرطيه غير الالتزامات العقديه، بل هى داخله فيها فلا يوجب التخلف الّا بالخيار.

و أما القول بالصحه بدون الخيار فمن جهه أن الشروط الغير المذكوره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۰۹

فى متن العقد غير واجبه الوفاء فلا يوجب تخلفها الخيار.

و قد أجاب عنه الشيخ

(ره) بأنه فرق بين الشروط التى يقع العقد بانيا عليها أى تسمى بشروط الصحه و بين الشروط الخارجيه الشخصيه فإنه على الأول يوجب التخلف الخيار دون الثانى.

و قد أوضحه شيخنا الأستاذ و حاصله أن ما يكون دخيلا فى صحه العقد فوقع العقد بانيا عليه فيكون تخلفه موجبا للخيار نظير تخلف الشروط الخارجيه المذكوره فى ضمن العقد، بل الأول أولى بكونه مستلزما للخيار من الثانى.

و ما ذكره الشيخ و المصنف لا يخلو عن مناقشه صغرى و كبرى. أما الصغرى فلانه يصح البيع مع الاكتفاء بالرؤيه السابقه إذا حصل الاطمئنان ببقاء العين على الأوصاف المرئيه من غير أن يبنيان على بقائها على تلك الأوصاف و مع التخلّف يثبت لهما الخيار أما للبائع فى فرض الزياده و أما للمشترى فى فرض النقيضه فلو كان البناء على الأوصاف السابقه مشروطا فى صحه البيع و عدم البناء موجبا للبطلان، فلازمه بطلان البيع هنا مع أنه صحيح فالصغرى ليس بتمام.

و كذلك يصحّ البيع فى هذه الصوره أى مع الاطمئنان بالأوصاف السابقه مع التبرى من جميع ما يوجب الخيار مع أنه لو كان البناء على الأوصاف السابقه شرطا فى صحه البيع لم يصحّ ذلك.

و كذلك لو أخبر البائع بأوصاف المبيع و حصل الاطمئنان للمشترى من قوله فاشترى اطمينانا عليه فإنه يصح البيع مع أنهما لم يبنيان على الأوصاف الدخيله فى صحه البيع و مع التخلف يثبت الخيار كما تقدم.

و كذلك يصحّ البيع مع الاطمئنان مع التبرى من العيوب فإنه أيضا يصحّ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۰

البيع مع أنه ليس هنا بناء على الأوصاف السابقه بل يصح البيع مع التبرى حتى لو ظهر الخلاف لم يكن لهما الخيار أصلا فإن البائع

أسقط الخيار رأسا بل جواز البيع مع التبرى من العيوب منصوص فإنه مع الاطمئنان يصحّ البيع مع التبرى منه كما سيأتى فى باب الخيارات.

نعم هنا قسم ثالث فصحه البيع فيه من جهه البناء على الأوصاف الدخيله، و هو أن يخبر البائع بكون العين حاويه للأوصاف المذكوره و لكن لم يحصل الاطمئنان من قوله على ذلك، فإنه ح إذا اشترى المشترى تلك العين فلا بد و أن يشتريها مع البناء على الأوصاف المذكوره و الّا بطل البيع للغرر و ليس للبائع ح التبرى هنا و إسقاط الخيار، فإنه ح كما عرفت يكون البيع غرريا فما ذكره المصنف و شيخنا الأستاذ صحيح فى هذه الصوره فقط و أما الصورتين الأولتين ليستا كك كما لا يخفى.

و أما من حيث الكبرى فلأنه لا نعقّل معنى الاشتراط شى ء فى العقد الّا كون العقد معلقا عليه أو مشروطا به أو كان الشرط ملحوظا بنفس، فإنه لا معنى للتقييد بوجه فإنه إنما يتصور إذا كان المبيع أمرا كليا و قابلا للتضييق و التقييد كأن يبيع الحنطه الكليه تاره على نحو الإطلاق و أخر يبيعها على نحو التقييد كأن يكون من المزرعه الفلانيه و أما الأمر الجزئى فلا يعقل أن يكون مقيدا و مضيقا لان وجوده فى الخارج آخر مرتبه من التضيق و عليه فاما ان يقال ان معنى الاشتراط ليس الّا لحاظ الشرط بنفسه فهو بديهى البطلان أو كان الشرط ملحوظا بنفسه فإنه أى معنى لقولك بعتك هذه الدار بشرط أن تلحظ هذا الشرط فإنه لا معنى لاعتبار ذات الشرط فى العقد و كونه بذاته معتبرا فيه بان يلتزم بنفس الوصف لكونه أمرا غير اختيارى كوصف الكتابه و الخياطه و نحوها فإن

البائع لا يبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۱

الشرط ليعتبر ذاته فيه و لا أنه يقابل بالثمن كما هو واضح.

أو أكون العقد معلقا على الشرط بحيث يكون إنشاء البيع على تقدير الشرط المعهود و الا لم يبع أصلا فهو تعليق مجمع على بطلانه.

و أما الثاني: فهو المطلوب فيكون معنى الشرط فى العقد هو كونه مشروطا بشرط اى كون الالتزام العقدى منوطا بالالتزام الشرطى لا أن يكون دائرا مداره وجودا و عدما ليكون تعليقا بل بمعنى أن استمراره و البقاء عليه و الوقوف عليه يكون متوقفا على الشرط و يعبّر عنه فى لغه الفارس (استادن) و هذا هو المعنى اللغوى للشرط كما ذكره فى القاموس و من هنا يقال للحبل الذى يشد به العدلين على الإبل أو يمتد بين الجدارين أنه شريط.

و بالجمله معنى الشرط فى العقود ربط الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى من غير أن يتوقف أصل الالتزام العقدى بالالتزام الشرطى و يتوقف الوقوف إلى الأبد بالالتزام العقدى على وقوف المشروط عليه و بالالتزام الشرطى.

و هذا المعنى من الشرط جار فى جميع الشروط فان غيره اما غير معقول أو غير صحيح سواء كانت الشروط مما يتوقف عليه صحه العقد أو من الشروط الخارجيه الشخصيه و عليه فجميع الشروط من واد واحد فلا وجه لجعل البناء على بعض الأوصاف شرطا و ان كان ذكر فى بعضها الأخر معتبر، بل ان كان البناء شرطا فهو شرط فى جميع الشروط و ان كان الذكر معتبر أو لازما و شرطا فهو كك فى جميعها فلا معنى للفرق بينهما بوجه أصلا فضلا عن كون البناء شرطا فى بعضها أولى من ذكر بعضها الأخر فى العقد فالكبرى الذى ذكره المصنف و

أوضحه شيخنا الأستاذ ليس بتمام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۲

و بالجمله فما ذكره المصنف من

كون البنـاء على الأوصاف الـدخيله فى صحه البيع شـرطا فى صحه البيع فان البيع لا يصحّ الا مبنيا عليها و الّا فيكون باطلا دون الأوصاف الخارجيه

فلا وجه له كما عرفت.

و الـذى ينبغى أن يقال أنه لم يرد نص على اعتبار البناء على الأوصاف المـذكوره شـرطا فى صحه العقـد بل ان كان هنا ارتكاز عقلائى و التزام عرفى على اعتبار بعض الأوصاف فى المبيع بحيث يدل عليها العقد بالدلاله الالتزاميه و كونها معتبره فيه فلا شبهه فى اعتبارهـا فيه و كون تخلفهـا موجبا للخيار ككون المالين متساويين فى الماليه و كون التسـليم و التسـلم فى بلـد العقـد و كون النقـد نقد البلد و هكذا فان بناء العقلاء و ارتكازاتهم فى أمثالها على كون العقد مشـروطا بتلك الأمور و أمثالها سواء ذكرت فى العقـد أم لاـ و سواء بنى المتعاملاـن عليهـا أم لا، بل هى معتبره فى العقـد حتى مع الغفله عنها حين البيع فان الارتكاز قرينه قطعيه على ذلـك و قـائمه مقـام الـذكر و هكـذا فى كـل مورد قـامت القرينه على ذلك و ان كانت غير الارتكاز العقلائى و الـدلالات الالتزاميه فيكون تخلفها موجبا للخيار.

و أما فى غير تلك الموارد فان اشترط فى متن العقد فمع التخلف يثبت الخيار و ان لم يذكر فى العقد فالعقد لازم و غير مشروط بشى ء سواء بناء المتعاملان عليها أم لا، إذ لم تقم قرينه على الاعتبار مع عدم الذكر كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۳

لو اختلفا البائع و المشترى فى تغير أوصاف المبيع

قوله (ره): فرعان:

الأول: لو اختلفا فى التغير فادعاه المشترى.

اشاره

أقول: لو وقع البيع على المشاهده السابقه

فوقع الخلاف بين البائع و المشترى حين القبض و الإقباض فقال البائع قد عاملنا عليها على هذه الصفه و كنت أنت عالما بها و ادعى المشترى أنها تغيّرت و لم أكن عالما بها مثلا- إذا كان المبيع حيوانا فيقول المشترى أنه كان سمينا فيقول البائع أنه كان هزولا و وقع البيع عليه ككك مع علم منكك عليه.

فهل يقدم قول البائع أو قول المشترى فقد وقع الخلاف فى تقريب أن الأصل مع البائع ليكون منكرا و يكون المشترى مدّعيا أو الأصل مع المشترى ليكون منكرا و البائع مدعيا و قد استدل على تقديم قول المشترى،

و دعوى كون الأصل معه بوجوه كلها مخدوشه كما ذكره المصنف.

الأول: ما ذكره ابن إدريس فى السرائر من أن المشترى هو الذى ينتزع منه الثمن و لا ينتزل منه الّا بإقراره أو ببينه تقوم عليه،

انتهى و تبعه العلامه فى أيضا فى صوره الاختلاف فى أوصاف المبيع إذا لم يسبقه برؤيه، حيث تمسكك بأصاله براءه المشترى من الثمن فلا يلزمه ما يتقربه أو يثبت بالبينه.

و أجاب عنه المصنف بأن يد المشترى على الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحيح يد أمانه غايه الأمر أنه يدعى سلطنته على الفسخ فلا ينفع تشبثه باليد، و يؤيد ما ذكره أنه لو أسقط خياره بالفعل الذى يدعيه كان البيع لازما.

ثم قال الا أن يقال أن وجود الناقل لا يكفى فى سلطنه البائع على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۴

الثمن بناء على ما ذكره العلامه فى أحكام الخيار من التذكره و لم ينسب خلافه الّا الى بعض الشافعيه من عدم وجوب تسليم الثمن و المثمن فى مده الخيار و ان تسلم الأخر و ح فالشكك فى ثبوت الخيار يوجب الشكك فى سلطنه البائع على أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصاله عدم سبب الخيار لو تم كما سيجى ء.

و قد فرق الأستاذ بين الخيارات الزمانى المجعول لذى الخيار إرفاقا و بين

غيرها فحكم بتماميه القول بتقديم قول المشتری فی مقام الاختلاف فی الأول دون الثانی و حمل کلام العلامه علی الأول، و ذکر أن المصنف و ان أورد علیه بقوله انی لا أجد لهذا الحکم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه الّا أنه یظهر منه فی خیار المجلس الحکم مفروغا عنه فقال ما حاصله أنه لو قلنا بوجوب التقابض فی عقد الصرف و السلم فثمره الخیار واضح، و هی عدم وجوب التقابض حیث استظهر من کلامه عدم وجوب التقابض و التسلیم و التسلم فی موارد خیار المجلس فکأنه مسلم فی کل مورد لم یجب التقابض و انما أنکر شیخنا الأستاذ عدم تمامیه المطلب فی المقام لعدم کونه من الخیارات الزمانیه و لذا حمل کلام العلامه علی غیر المقام من خیار المجلس، و ما یکون الخیار بالشرط فی زمان.

و الحاصل أن شیخنا الأستاذ تسلم عدم وجوب التسلیم و التسلم فی زمن الخیار لکن لا فیما نحن فیه، بل فی الخیارات زمانه، و أما فی مثل المقام فحکم بعدم جواز المنع عنهما.

أقول: لو سلّمنا ثبوت الخیار فی معامله فلا یدلّ ذلک علی جواز منع ذی الخیار عن تسلیم الثمن أو المثمن بل له اعمال الخیار فقط فی فسخ العقد و بعد ما فسخ العقد له المنع عن تسلیم العوض و أما قبل اعمال

الخیار فلا یجوز له المنع عن التسلیم، فإنه تصرّف فی مال الغیر بدون اذنه فهو حرام، فما ذکره العلامه (ره) من عدم نسبه الخلاف الّا الی بعض الشافعیه من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن فی مده الخیار لا یمکن تصدیقه.

و کذلک لا وجه لما

ادّعاه الأستاذ من التفصيل فإنه مجرّد الدعوى و دعوى التسالم عليه محاله مضافا الى عدم حجيته و كونه مخالفا للقواعد من حرمه التصرف فى مال الغير إلّا باذنه.

و العجب منه (ره) حيث استظهر من كلام المصنف اختياره ذلك من التعبير بلو بمعنى أنه مع القول بوجوب التقابض فى عقد الصرف و السلم فأثر الخيار واضح أى لكل ذى خيار أن لا يسلم الثمن أو المثمن فيعلم من هذه العباره أن فى موارد الخيار الزمانى لا يجب التسليم و التسلم و لذا ذكر المصنف أنه لو قيل بوجوب التقابض فأثر الخيار ظاهر فإنه يهدم الوجوب و يرفعه.

و وجه العجب أن مورد كلام المصنف أجنبى عن المقام فإنه محل للتعبير بلو فإنه لا تحصل الملكيه قبل التقابض أصلا و لذا حكم المصنف بعدم وجوب التقابض مع الخيار لعدم حصول الملكيه قبل التقابض فأن التقابض مقدّم للملكيه فكيف تحصل الملكيه بدونه و هذا بخلاف المقام فإن الملكيه قد حصلت غايته فلذى الخيار فسخها، و أما الممانعه عن التسليم فلا، لما عرفت من كونه تصرفا فى مال الغير فهو حرام على أن دليل أخص من المدعى فإنه انما يتم فيما إذا كان الثمن فى يد المشترى و أما إذا كان دينا فى ذمه البائع فسقط بالمعامله أو عينا مستأجره أو عاريه فى يده أو مغصوبه، فإنه فى هذه الصور ليس للمشترى يد على الثمن حتى يقال أنه لا ينتزع منه الّا بالبينه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۶

أو بالإقرار و قد تقدم أيضا عدم بطلان العقد بتخلف الوصف سواء كان العقد مشروطا به أو المبيع مقيدا به، بل غايه الأمر يثبت الخيار للمشروط له فلا وجه على كل

حال لبطلان العقد.

الوجه الثانی: أن البائع یدعی علمه بالمبیع علی هذه الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه

و قد استدل بهذا العلامه فی التذکره و أشکل علیه المصنف أولا بإمکان قلب الدعوی بأن یجعل المشتری مدّعیا و البائع منکرا بدعوی أن الأصل عدم علم المشتری بالوصف الآخر کما إذا فرضنا أن البائع یقول بعتک هذا الحیوان بهذا الوصف الهزال مع علمک به و المشتری یقول اشتریت منک هذا مع وصف السمن فحیث انه یدعی وصف السمن فیکون مدّعیا و الأخر یکون منکرا أی البائع.

و ثانیا: أن علم المشتری بوصف الهزال أو وصف السمن مسبب عن وجود هذا الوصف فیه، و عدمه فیه سابقا، فإذا نفینا وجود الوصف بالأصل فلا تصل النوبه إلی أصاله عدم علم المشتری أو البائع بشی ء من تلک الأوصاف و قد ناقش شیخنا الأستاذ فی الجواب الثانی، و لکن تسلم الجواب الأول.

و الظاهر أن کل ذلک خارج عن المقام فان ما هو المقصود فی المقام هو اشتراط العقد بشی ء و عدم اشتراطه به، و ککک تقید المبیع و عدم تقیده فإجراء أصاله عدم علم کل من المشتری أو البائع بوصف الهزال أو السمن خارج عن حدود المقام فلا یقیدنا بوجه الّا علی القول بالأصل المثبت فان لازم عدم علم المشتری بوصف الهزال هو کون العقد مقیدا بوصف السمن مثلا- و کذلک لازم عدم علم البائع بوصف السمن کون وصف الهزال قیدا للمبیع و شرطا للعقد و الحاصل أن العلم بالوصف و عدمه إیاه خارج عن المقام أصلا.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۷

و أما دعوی السببیه و المسببیه فهو أعجب من ذلک فإنه لا یفیدنا مجرّد السببیّه و المسببیه فی جریان أصلیهما و لا یمکن رفع موضوع الأصل المسببی بالأصل السببی بمجرد صدق الاسم، بل لا

بـدّ من كون الأثر شـرعيا، أى ارتفاع المسببى أثرا شـرعيا للأصل السـببى ففى المقام أن عـدم العلم بالوصف ليس من آثار عدم وجود الوصف شـرطا الّا بـاللوازم العقليه كمـا هو واضـح فلا مرتفع لمنع الأصل المسـببى بالسـببى، نعم إذا كان الأثر مترتبا على العلم فيصـح ذلـك كمـا هو كـك فى مورد خيـار العيب حيث ان الخيـار انما يثبت مع العلم بالعيب فمع نفى العلم بالعيب يرتفع الخيـار و أما فى المقام فالأثر مترتب على اشتراط العقـد و تقييـده فأصاله عـدم علم أحـدهما بالوصف لا يترتب عليه أثر الا على القول بالأصل المثبت.

و بالجمله أن ما افاده من الأول إلى الأخر لا يمكن المساعده عليه.

الوجه الثالث: أن الأصل عدم وصول حق المشترى إليه كما استدل به المحقق الثانى.

و قـد أجـاب عنه المصـنف بـان حق المشترى من نفس العين قـد وصل اليه قطعا و لـذا يجوز له إمضاء العقـد و ثبوت حق له من حيث الوصف المفقود غير ثابت فعليه الإثبات و المرجع أصاله لزوم العقد، ثم قال و لأجل ما ذكرنا قوى بعض تقديم قول البائع.

و قـد أجـاب المصـنف عن أصـل مسـأله الاختلاـف بمـا حاصـله أن بنـاء المتعاقـدين حين العقـد على الأوصاف الملحوظه حين المشاهـده هل هو (أى البناء) كاشتراط تلك الأوصاف فى العقـد بحيث تكون كالشـروط المضـمره فى نفس المتعاقـدين أو أن تلـك الأوصـاف مـأخوذه فى نفس المعقود عليه بـأن يكون المبيع مقيـدا و لـذا لا يجوز إلغائها فى المعقود عليه كما يجوز إلغاء غيرها من الشروط فى العقد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۸

فعلى الأـول: يرجع النزاع فى تقيـد المـبيع بـالوصف و عـدم تقيـده به الى النزاع فى اشـتراط خلاـف هـذا الوصف الموجود حين التسليم و المرافعه على البائع و عدم اشتراطه عليه و اذن فالأصل

مع البائع لأصاله عدم الاشتراط.

و على الثانى: فيرجع النزاع الى وقوع العقد على ما ينطبق على الشى ء الموجود حتى يلزم الوفاء و عدمه و الأصل عدمه، و لكن الظاهر هو الثانى فإن المراد من لحاظ الوصف فى المبيع هو إيقاع العقد على العين الملحوظ كونه متصفا بهذا الوصف و ليس هنا عقد على العين و التزام بكونه متصفا بذلك الوصف بحيث يكون هنا التزام آخر غير الالتزام العقدى، بل هو قيد ملحوظ فى المعقود عليه نظير الاجزاء المأخوذه فى المبيع، و اذن فالأصل مع البائع كما ذكرناه.

ثم أورد على نفسه بأن أصاله عدم وقوع العقد على ما يدعيه المشترى معارضه بأصاله عدم وقوع العقد على الشى ء الموصوف بالصفه المفقوده فلا يكون أثر للأصل فى طرف البائع.

و أجاب عنه بأنه لا يلزم من عدم تعلقه بذلك تعلقه بهذا و قد تقرر فى الأصول أن إثبات أحد الضدين بنفى الضد الأخر من الأصول المثبته.

و بالجمله أن مرجع النزاع الى رجوع الموصف الى الاشتراط ليكون النزاع فى مفاد ليس أو كان الناقصين أو الى التقييد ليكون النزاع فى مفاد لبس أو كان التأمين.

و تحقيق الكلام يقع فى جهتين الأولى: من حيث الكبرى من انه يقدم قول البائع فى صوره الاختلاف فيما وقع عليه العقد أو يقدم قول المشترى، الثانيه: من حيث الصغرى و هو أن المقام من قبيل التقييد أو الاشتراط.

أما الجهه الاولى: فلا شبهه أن كل من يدعى الاشتراط فبأصاله عدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۱۹

فبأصاله عدم الاشتراط ننفيه فيكون الأصل مع الأخر لأن الأصل عدم تقيّد العقد بشرط و على هذا فلو ادعى كل منهما الاشتراط فيجرى الأصل فى كلا الطرفين، فيكون المورد من

قبیل التداعی و لا یفرق فی ذلک بین أن یدعی کل منهما الاشتراط مع الاعتراف بجامع واحد أم لا، مثلا إذا باع أحد حیوانا من شخص ثم اختلفا، فقال البائع انه کان مهزولا و قال المشتری أنه کان سمینا فإن الأصل یجری فی کل منهما فیکون المورد من قبیل التداعی.

و کذلک إذا ادعی البائع المبیع ثوب و ادعی المشتری أنه حیوان، أو ادعی البائع أن المبیع عبد و ادعی المشتری أنه جاریه فإن الأصل فی ذلک کله عدم وقوع البیع بکل منهما فیکون من قبیل التداعی هذا کله إذا کان یدعی کل منهما الاشتراط.

و بالجمله ان کل من یدعی شرطا علی الأخر من المتبایعین، فالأصل عدمه کما ذکره المصنف، فان کان المدعی أحدهما فقط فیکون الأصل مع الأخر و ان کان کلیهما مدّعیا اما مع الاتفاق علی المبیع أو مع الاختلاف فیه، فالمورد هو مورد التداعی کما لا یخفی.

و أما إذا کان أحدهما یدعی الإطلاق و الأخر یدعی التقیید بان یدعی البائع کون المبیع حنطه کلیه و یدعی المشتری کونه من حنطه المزرعه الفلانیه فالظاهر هنا أیضا هو تعارض الأصول حتی بناء علی جریان العدم الأزلی فی ناحیه المقید و تحقیق ذلک أنک قد عرفت فی علم الأصول فی مبحث التعبدی و التوصلی و غیره أن الإهمال فی الواقع مستحیل فلا بدّ و ان یکون الملحوظ اما مطلقا أو مقیدا، و علی کل تقدیر فکل منهما أمر وجودی فی مقام الثبوت و محتاج الی اللحاظ و ان الإطلاق فی مقام الإثبات أمرا عدمیّا و هو عدم التقیید و علی هذا فیکون الأصل فی کل من الإطلاق و

التقیید جاریا

و نافيا له فيقال انّ العقـد حين ما وجـد فالأصل عـدم وجوده مطلقا و كـذا أن الأصل عـدم وجوده مقيّدا فيكون المورد أيضا من قبيل التداعى اما لاستصحاب العدم المحمولى فواضح، فيقال الأصل عدم اتصاف العقد بالإطلاق، و كذلك فى الأخر أن الأصل عـدم اتصـافه بالتقييـد فيتعارضان، و أما استصـحاب العـدم الأزلى النعتى فككك فإنه يقال الأصل عـدم الوجود العقـد حينما وجد مطلقا و كذلك فى طرف التقييد أن الأصل عدم الوجود العقد حينما وجد مقيدا فيقع التعارض بينهما كما هو واضح.

و إذا فيحكم بالانفساخ.

و أمـا الكلام من حيث الصـغرى فنقول قـد تقـدم الكلام فى ذلـك أن القيود إنما تجرى فى مورد يكون المقيـد قابلا للتقيـد و التضـييق و عليه فمحط القيود بأجمعها هو الأمور الكليه القابله للتضـييق بحيث كلما قيّدت زادت تضـييقا و كلما برئت من القيود زادت توسعه و أمـا الأمور الجزئيه فليست قـابله للتضـييق أصـلا، إلّا باعتبـار الحالات كأن يقول ان كان هـذا زيـدا فأكرمه فان التشـخص الخارجى و الوجود فيه آخر مرتبه من التضـييق و التقييد فلا مرتبه له فوقه و عليه فكلما ذكر من القيود للمبيع الشخصى فلا بـدّ من إرجاعها إلى الشـروط و قد تقدم قبيل هذا أن لحاظ الأوصاف و الشـروط بذاتها مع قطع النظر عن أن تكون ربطا بين الشرط و المشـروط لا معنى له، فلا معنى لكون الشرط هو لحاظ القيد فقط و إرجاعها إلى المبيع لا معنى له لما عرفت من عدم قـابليه الأمور الجزئيه للتقييـد و إرجـاعه إلى نفس البيع بحيث يبيع على تقـدير كونه من حنطه المزرعه الفلانيه و الّا فلا يبيع فهو باطل إجماعا لقيامه على بطلان التعليق فى العقود.

فلم يبق الّا

الاشتراط أى كون الالتزام العقدى مشروطا بالتزام آخر و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۱

مربوطا به كما هو معنى الشرط فتحصّل أن مقتضى القاعده هو الاشتراط، دون التقييد.

و بالجمله أن فائده التقييد فى الأمور الكليه ظاهره و هى تضييق دائره الكلى و إسقاطه عن التوسعه و أما فى الأمور الجزئيه فلا معنى للتقييد بوجه و اذن فاما يرجع القيد الى الصور النوعيه فهو تعليق البيع على وجود المبيع فلا اشكال فيه لما عرفت أن التعليق بأصل وجود المبيع لا محذور فيه.

و أما أن يرجع الى المبيع على نحو التضييق الدائره فقد عرفت أنه لا معنى له.

و أما أن يرجع الى البيع و تعليقه على الشرط و هو تعليق باطل و اما أن يكون بنفسه ملحوظ فلا معنى لما عرفت أنه لا معنى لكون الاشتراط بمعنى لحاظ الشرط فلا مناص من إرجاعه إلى الاشتراط خلافا لجميع الاعلام حيث أرجعوا الوصف الى التقييد دون الاشتراط.

و كان الكلام فى العين الشخصى إذا وقعت المعامله عليها ثمّ اختلف البائع و المشترى فى تغيرها و عدم تغيرها و قلنا أنه لا معنى لكون اعتبار الوصف فى المبيع بمعنى الالتزام بذات الوصف فإنه أمر غير اختيارى للبائع بأن يبيع العبد ملتزما بكونه كاتبا و خياطا و نجارا أو باع الحنطه و التزم بأنه من المزرعه الفلانيه و هكذا و على هذا فيدور الأمر فى اعتبار الوصف فى المبيع بين تعليق البيع به أو تعليق الخيار به و اما تعليق البيع به فتاره يكون راجعا الى التعليق بالصور النوعيه فهذا لا محذور فيه فان مرجعه الى التعليق بأصل وجود المبيع فهو خارج عن معقد الإجماع القائم على بطلان التعليق فى العقود

و أخرى يكون من قبيل التعليق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۲

بالأوصاف الخارجيه كأن باع إذا كان المبيع متصفا بوصف كذا بان يكون كاتبا أو كانت الحنطه من المزرعه الفلانيه و نحو ذلك فهذا لا إشكال فى بطلانه لكونه من التعليق الذى كان باطلا بالإجماع.

فلم يبق فى البين الّا تعليق الخيار على الوصف الذى اعتبر فى المبيع بان باع العين و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكون الثمن كذا أو اشترى المشترى العبد و التزم بالالتزام العقدى مشروطا بكونه كاتبا أو من الأرز الفلانى أو بكون الحنطه المزرعه الفلانيه و نحو ذلك.

فاتضح من ذلك أن مرجع اعتبار الوصف فى المبيع الى الاشتراط و عليه فإذا شك فى اشتراط وصف أو شرط فى العقد فمرجع النزاع الى اشتراط الخيار فيه، فالأصل عدمه و على هذا فلو ادعى المشترى كون العين المبيعه متغيره و غير باقيه على ما شوهد عليه و أنكره البائع فمرجعه إلى أنه هل جعل للمشترى خيار فى هذا العقد أم لا، فالأصل عدمه و اذن فالأصل مع البائع و من هنا ظهر أنه لا اشكال للتمسك بأصاله اللزوم اى استصحاب بقاء كل من الثمن و المثمن على ملك صاحبه و عدم كون العقد خياريا لا أصاله اللزوم المستفاد من العمومات فإنه من التمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه لأنا نشك فى دخول المورد الذى نشك فى كونه خياريا أم لا، داخلا تحت العمومات الداله على اللزوم أو أدله خيار الشرط، فإثبات اللزوم بالعمومات تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه.

فلا مجال بعد ما نقحناه لما أفاده المصنف (ره) من حكومه أصاله عدم وصول حق المشترى عليه على أصاله اللزوم و تطويل الكلام فى ذلك و فى

عدم صحه التمسک بأصاله اللزوم نقضا.

قوله: و لو ادعى البائع الزياده الموجبه لخيار البائع.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۳

فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشترى تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به.

أقول: هذا هو عكس ما تقدم الكلام فيه و توضيح ذلک أنه لو ادعى البائع أن العين صارت بعد المشاهده سمينه و أنكره المشترى و قال انها كانت سمينه من الأول فقد ظهر من جميع ما تلوناه عليک أن القول قول البائع فإن مرجع دعوى كون العين متغيره من حاله الهزاله بعد المشاهده و ضرورتها سمينه إلى دعوى ثبوت الخيار للبائع، فالأصل عدمه و أن العقد غير خيارى أو أن الأصل بقاء العين على الوصف السابق فلا يفرق فى ترتب ما نريده من الأثر بين استصحاب بقاء العين على الوصف الذى شوهد و بين الاستصحاب عدم السمن كما تقدم فى عكسه، و عليه فالمرجع إلى أصاله اللزوم أى قاعده اللزوم المتقدمه لا الرجوع الى العمومات الداله على اللزوم فإنه من التمسک بالعام فى الشبهات المصداقيه.

و من هنا ظهر أن ما ذكره المصنف هنا أيضا لا يتم.

قوله (ره): الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهده و وقوع العقد على الوصف المشاهد

اشاره

و اختلفا فى تقدم التغير على المبيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كلّ من أصاله عدم تقدم البيع و التغير.

أقول: كان الكلام فى المسأله السابقه فى اختلاف البائع و المشترى فى أصل التغير و فى هذه المسأله كلامنا فى اختلافهما فى كونه بعد البيع أو تسالمهما على أصل التغيّر.

فنقول: إذا اختلفا البائع و المشترى فى ذلک فقال المشترى أن العين صارت مهزوله بعد المشاهده و قبل البيع فلى الخيار فى فسخ العقد لتخلف

الوصف لحصول التغير فى ملک البائع و قال البائع انّ الفرس الذى هو مبيع و ان صار مهزولا الّا أن الهزال قد حصل بعد البيع فليس لک للمشترى الخيار، سيأتى الكلام فى باب الخيارات إنشاء اللّه تعالى أن تخلف الأوصاف و تغيرها قبل القبض هل تحسب على البائع لعموم قاعده التلف قبل القبض من مال البائع بحيث يقال ان الأوصاف أيضا ملک للبائع بتبع العين فإذا تلف كان على البائع أو أن تلف الأوصاف تابع للملک و من الواضح أن العين ملک للمشترى فتلف الأوصاف يحسب عليه غايه الأمر أن تلف العين يحسب على البائع قبل القبض لورود النص عليه.

و بعباره أخرى ان كان التلف قبل القبض من مال البائع حكما ثابتا على خلاف القاعده بالنص فلا بد من الاقتصار على مورده فلا يتعدّى الى تلف الأوصاف، و ان كان على طبق القاعده فيكون تلف الأوصاف أيضا على البائع فكيف كان فسيأتى تفصيل ذلک فى باب الخيارات.

فعلى القول بتسريه القاعده إلى تلف الأوصاف فلا ثمره للنزاع فى أن التغيّر حصل قبل القبض أو بعده و على القول بعدم التسريه كما هو الحق لعدم المقتضى للتسريه فلا بد من النزاع فى ان التغير حصل قبل العقد أو بعده و كيف كان فذكر المصنف (ره) أن هنا أصلان حادثان أحدهما وقوع البيع و الثانى حصول الهزال، و لكن لا- يعلم السابق منهما و لم يعلم تاريخ الحادثان أن أيّا منهما مقدم و أن أيّا منهما متأخر، فحيث أن مرجع الأصلين إلى أصاله عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصاله بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع، و الظاهر أنه

لا يترتب على شـى ء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشترى و أصاله بقاء السمن لا يثبت وصول السمين كما أن أصاله عدم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۵

وقوع البيع حال السـمن لا ينفيه فالمرجع إلى أصاله عدم وصول حق المشترى إليه كما فى المسأله السابقه فلا فرق بين المسألتين من حيث النتيجه.

نعم الفرق بينهمـا هو أن الشـك فى وصول الحق هنـاک نـاش عن الشک فى نفس الحق و هنا ناش عن الشک فى وصول الحق المعلوم.

و بعباره أخرى الشک هناک فى حقه الواصل و هنا فى وصول حقه، فمقتضى الأصل فى المقامين عدم اللزوم و عدم وصول حق المشترى اليه و من هنا ظهر الحال لو كان مدعى الخيار هو البائع.

أقول: لا حق للمشترى غير ذات المبيع الذى وصل اليه حتى نشک فى وصوله اليه فتمسک بأصاله عدم وصوله اليه فيكون حاكما على أصاله اللزوم، و عليه فـدعوى المشترى كون العين مهزوله بعـد المشاهـده و قبل البيع أو قبل القبض يرجع الى دعوى الخيار لنفسه فى العقـد لكـون العين مهزوله فالأصـل عـدمه و أن العقـد ليس بمشـروط بشـى ء و اذن فأصـاله اللزوم محكمه أى بمعنى استصـحاب بقـاء الثمن فى ملـک البـائع و بقاء المثمن فى ملک المشترى و كون لازما و عـدم ثبوت الخيار فيه المسـمى بقاعـده اللزوم لا أن المراد منها هو التمسک بالعمومات الداله على اللزوم لكون الشبهه مصداقيه.

و من هنـا ظهر حكم مـا لو انعكس الأـمر بأن ادعى البائع الخيار على نفسه بأن ادعى كون العين مهزوله حين المشاهـده و سـمينه بعدها و قبل البيع فله الخيار و من هنا

ظهر أيضا أن الأصل عدم الخيار للبائع و عدم كون العقد مشروطا بشرط فتكون أصاله اللزوم محكمه كما لا يخفى.

[لو اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره عنه]

قوله: و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخليه.

أقول: إذا اختلف البائع و المشترى فى العين المشاهده بعد التلف فقال البائع أنها تلفت بعد القبض و قال المشترى أنها تلفت قبل القبض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۶

فالتلف عليك لان التلف قبل القبض من مال البائع فحكم المصنف بأن الأصل بقاء ملك المشترى على الثمن لأصاله عدم تأثير البيع.

أقول: و لم يتعرض المصنف بالاستصحابات الموضوعيه أنها تجرى أو لا تجرى و مع الجريان أنها معارضه أم ليست بمعارضه، بل اقتصر على الاستصحاب الحكمى.

و لكن شيخنا الأستاذ حكم بأن الأصول الموضوعيه الجاريه لكل واحد من المتبايعين مع كونها مثبته معارضه بالمثل فى مجهولى التاريخ و الجارى لأحدهما فيما إذا كان أحد الحالتين بالخصوص مجهوله مثبت فيشك فى تأثير البيع فتصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو بقاء الثمن فى ملك المشترى أقول: تحقيق الكلام فى موردين:- الأول: فيما تحقق القبض فى الخارج أو ما فى حكم قبضه كقبض الوكيل قبل البيع كأن يعير البائع ثوبا من المشترى و جعله أمانه عنده أو كان ثوب مستأجرا له ثم باعه منه و وجداه تالفا فاختلفا فى تقدم التلف على البيع و كون البيع باطلا لانه وقع على الشى ء المعدوم و قال البائع أن التلف بعد البيع فى غير زمن الخيار فوقع البيع حين وجوده على الشى ء الموجود.

الثانى: ما لم يتحقق قبض فى الخارج أو فى حكم قبض المشترى كقبض وكيله و لكن تحقق التخليه بين البائع و بين العين فيما يكفى فى قبضه

التخليه كتسليم مفتاح الدار و إلقاء عنان الفرس إلى المشترى بحيث لم يكن مانع من أخذ المشترى و تسلطه على المبيع ثم اختلف البائع و المشترى فقال البائع أنها تلفت بعد البيع، و قال المشترى أنها تلفت قبل البيع.

أما الكلام فى المقام الأول: فالحق فيه ما ذكره المصنف (ره) من التمسک بالاستصحاب الحكمى و بيان ذلک أنه لا مانع من جريان استصحاب بقاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۷

المبيع الى زمان البيع فالحكم بوقوعه على المبيع الموجود و الحكم بصحه البيع لأنه كسائر الموضوعات المركبه التى ثبت أحد جزئها بالأصل، و الأخر بالوجدان، فان البيع هنا فى زمان الوجدان كما هو المفروض لاتفاقهما عليه و الجزء الأخر أعنى وقوع البيع على الشى ء الموجود محرز بالأصل فيحكم بصحه البيع و يلزم المشترى بإعطاء الثمن و نظير ذلک ما إذا شک فى بقاء العبد و موته فإنه لو عتقه يصح عتقه و يكفى عن الكفارات فان بقائه إلى زمان العتق محرز بالأصل و العتق محرز بالوجدان و هكذا و هكذا و لكنه معارض بأصل آخر و هو أصاله عدم وقوع البيع على المبيع الموجود الى زمان التلف فهذا الأصل و ان لم يثبت وقوع البيع على المبيع المعدوم الّا على القول بالأصل المثبت و لكن هذا المقدار يكفى فى ترتب الأثر و هو عدم تحقق البيع على الموجود.

و اذن تصل النوبه الى الأصل الحكمى و هو استصحاب بقاء الثمن فى ملک المشترى و عدم تحقق ما يخرجه عن ملكه كما هو واضح.

ثم ان تصل النوبه إلى الاستصحاب الحكمى إذا قلنا بعدم جريانه فى مجهولى التاريخ على الخلاف بيننا و بين صاحب الكفايه و كذلک إذا قلنا

بجريانه فيهما معا فيما إذا كان التاريخ أحدهما معلوما و الأخر مجهولا و لكن يسقطان بالمعارضه كما اخترناه فى علم الأصول و قلنا ان الاستصحاب يجرى فى كل من معلومى التاريخ و مجهوله معا و لكن يسقطان بالمعارضه.

و أما على مسلك الشيخ و الأستاذ من التفصيل بين معلومى التاريخ و اختصاص جريانه بالمجهول فقط دون المعلوم فلا يقع التعارض و لا يسقطان بالمعارضه لأنه فرع جريانهما معا و على الاجمال فلا بدّ لهما من التفصيل فى المقام كما هو مبناهما فى الأصول.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۸

و أما المقام الثانى فهو ما تحققت التخليه فى الخارج فيما يكفى فى قبضه التخليه كتسلم مفتاح الدار أو البستان و إلقاء عنان الفرس أو الثوب إلى المشترى و تلفت العين ثم اختلفا فى كون التلف قبل البيع أو بعده ففى المقام على جميع التقابر من جريان الاستصحاب فى مجهولى التاريخ و عدم جريانه كما هو محل الخلاف بيننا و بين صاحب الكفليه و من جريانه فى ما إذا كان أحدهما معلوما و الأخر مجهولا و سقوط الأصلين بالمعارضه كما عليه المبنى أو قلنا بعدم جريانه فى معلوم التاريخ و جريانه فى مجهول التاريخ كما هو مذهب المصنف و شيخنا الأستاذ فى مبحث الأصول فلا يترتب على شى ء منها أثر بحيث يحكم بصحه البيع على المشترى و يلزم المشترى على إعطاء الثمن.

و الوجه فى ذلك كله أن غايه ما يترتب على جريان الأصل هو صحه العقد و البيع و هو لا يفيد الّا مع تحقق القبض فالأصل عدمه.

و بعباره أخرى ففى هنا أمور ثلاثه التلف و البيع و القبض و إذا أثبتنا وقوع البيع على المبيع قبل التلف

على الترتيب المتقدم من إثبات عدم التلف الى زمان البيع بالأصل و وقوع البيع عليه بالوجدان و لكن لا يكفى ذلك بدون تحقق القبض فإن أصاله عدم تحققه محكمه كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنك عرفت ان الكلام يقع فى مقامين: الأول: مع تحقق التخليه من البائع فيما يكفى قبضه التخليه، و قلنا ان المرجع فيه أصاله عدم تحقق القبض و بقاء مال المشترى فى ملكه فلا يترتب أثر على استصحاب بقاء المبيع الى زمان البيع و إثباته فى الخارج بالأصل و الوجدان، فان تحقق البيع لا يثبت تحقق القبض الا على القول بالأصول المثبته على ان تحقق البيع أيضا مشكوك فان المتحقق بالوجدان هو تحقق الإنشاء كما سيأتى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۲۹

و أما الجهه الثانيه: فقلنا ان الأصول بناء على جريانه فى مجهولى التاريخ و فيما إذا كان تاريخ أحدهما معلوما و تاريخ الأخر مجهولا معارضه فتصل النوبه إلى أصاله بقاء مال المشترى فى ملكه كما ذكره المصنف (ره) و ذكرنا أيضا ان جريان الأصل فى كل من معلوم التاريخ و مجهوله موقوف على النزاع فى الأصل يجرى فيهما معا كما اخترناه فى محله أو فى مجهول التاريخ فقط كما اختاره شيخنا الأنصارى فعلى ما اخترناه تصل النوبه الى الأصل الحكمى من أصاله بقاء الثمن فى ملك المشترى و على مسلك المصنف فلا بد من التفصيل فان كان البيع معلوم التاريخ و التلف مجهول التاريخ، فنستصحب عدم التلف الى زمان البيع فنحكم بالصحه كما تقدم و على تقدير كون التلف معلوم التاريخ فالبيع مجهول التاريخ فنحكم بجريان الاستصحاب فى البيع فنقول الأصل عدم وقوع البيع الى زمان التلف فينتج البطلان، فلا يمكن

الحكم بكون الأصل بقاء مال المشترى فى ملكه.

هـذا و لكن نقول اليوم خلافه و أن الاستصـحاب لا يجرى مطلقا، فان جواز البيع و عـدم جوازه أى إمضائه و عـدمه من الأحكام الشرعيه فلا ربط له بوقوعها فى الخارج بفعل المتبايعين.

و أمـا أصـل وقوع البيع فمفهوم البيع أعنى اعتبـار ملكيه كـل من العوضـين لكل من المتبايعين و إظهاره بمبرز فى الخارج بحيث يرى العرف و العقلاء بيعا فى اعتبارهم أمر وجودى محقق بوجوده الاعتبارى و الإنشاء على انفراده ليس بيعا و انما هو مظهر للبيع و مبرز له و مخبر عن الاعتبـار النفسـانى و من الواضـح أن العقلاـء انمـا يعتبرون البيع فيمـا إذا كـان للمبيع وجود خارجى أو كليّا بحيث اعتـبر العقلاـء ملكيته و صـحه وقوع الـبيع عليه فى اعتبـارهـم و مع عـدمه فلاـ يتحقق مفهوم الـبيع أصـلا فـإنه لاـ معنى لبيع المعدوم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۰

و بعبـاره أخرى أن وجود المبيع دخيل فتحقق البيع فى اعتبار العقلاء فمع العلم بعـدم البيع لا يقع عليه البيع فإنه من قبيل المعـدوم فلاـ يعتبرون البيع الواقع على المعـدوم بيعـا فى نظرهم و مـا اعتبره البيع فى نفسه و أظهر بالمظهر الخارجى لغو محض فإنه صوره اعتبـار البيع لا أنه بيع حقيقه فأنا و ان قلنا أن البيع متقوم بأمرين أحـدهما الاعتبار النفسانى و الثانى إظهاره بمظهر خارجى و لكن ذلك انما يتحقق مع وفق الاعتبار لما فى الخارج و وجود المطابق له فى الخارج، و على هذا فلو شـككنا فى تحقق البيع من جهه الشك فى وجود المبيع حين البيع فالأصل عدمه.

و تحقق الإنشاء و ان كان مسلّما و لكنه ليس ببيع و ح فالحكم هو

أصاله بقاء الثمن فى ملك المشترى كما أفاد المصنف (ره) و من هنا ظهر الحكم فى سائر العقود و الإيقاعات فإذا شك فى موت العبد و بقائه و أعتقه فلا يصح تصحيح العتق باستصحاب بقاء العبد الى زمان العتق و وقوع العتق عليه فان ما تحقق قطعا هو الإنشاء و أما حقيقه العتق فهو مشكوك، فإنه يعتبر فيه وجود المعتق و هو مشكوك فلعل العتق وقع على المعدوم، فلا يعتبرونه العقلاء عتقا فالأصل عدم تحققه فلا يكفى من الكفارات و النذر و العهد و هكذا الحال فى سائر العقود و الإيقاعات و لو شك بعد الطلاق فى بقاء الزوجيه أو بعد الإجاره فى بقاء الدار فلا يمكن تصحيح ذلك بأصاله الصحه لاحتمال مجرد الصدق الواقعيه و قد يقال بصحه البيع تمسكا بأصاله الصحه للشك فى بعض شروط و هو وجود المبيع و انما مورد أصاله الصحه هو ذلك.

و يرد عليه وجوه: الأول: أن أصاله الصحه ليست إلا هى قاعده الفراغ غايه الأمر أن قاعده الفراغ تجرى فى فعل شخص الإنسان و أصاله الصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۱

تجرى فى فعل الغير و ذكرنا فى قاعده الفراغ أنها انما تجرى فى موارد تكون صوره العمل محفوظه كما عبر بذلك شيخنا الأستاذ و أما فيما لم تكن صوره العمل محفوظه فلا مورد لقاعده الفراغ و كذلك لا مورد لقاعده أصاله الصحه مثلا إذ شك المتوضى بعد وضوئه أن ما كان يتوضأ به كان ماء أو شيئا آخر من المائعات التى لا يجوز التوضى بها فإنه لا تجرى فيها قاعده الفراغ لعدم الحفاظ صوره العمل و انما تحمل مجرد الصدفه الواقعيه فقط نعم مورد قاعده الفراغ

ما إذا كـان هنـا مائان و توضأ من أحـدهما كان أحـدهما مما يجوز التوضـى به و الأخر لا يجوز ثم شك فى أنه كان من الـذى يجوز التوضـى به أو من الذى لا يجوز فبقاعده الفراغ يحكم بالصـحه و يكون التوضـى من الذى يجوز التوضى به و كذلك فى قاعـده الصـحه إذا شـككنا فى مـا فعله المتبايعـان هو حقيقه بيع أو صوره بيع فإنه لا يمكن بأصاله الصـحه إثبات كون الواقع بيعا حقيقه بمجرد احتمـال الصـدفه الواقعيه و كـذلك فيما إذا احتملنا أنه قال أنت طالق و لكن نحتمل أنه قاله لزوجته أو لأجنبيه فلا يمكن حمله على الطلاق الصحيح بأصاله الصحه.

نعم إذا أحرز أنه طلق زوجته و أحرزنـا صوره العمل أى الطلاق بالزوجه و لكنه نشك فى صـحته و فساده فنحمل على الصـحه و كـذلك إذا رأينـا أن أحـدا قام على ميت فلا نـدرى أنه يصـلى أو لا، فلا يمكن حمل فعله على الصـحه بمجرد احتمال الصـدفه الواقعيه.

نعم إذا حفظنا صوره العمل و عملنا أنه يصـلى على الميت و شـككنا فى صـحته و فساده من جهه أخرى فنجرى أصاله الصـحه و هكذا فى فجميع العقود و الإيقاعات و العبادات كفائيه أو عينيّه.

و ثانيا: أنه مع قطع النظر عن الإشكال الأول أن أصاله الصحه مشروطه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۲

بكون الشـرط الذى نشك على كل تقدير مقدورا للمكلف فلو كان على تقدير مقدورا له و على تقدير غير مقدور فلا نجرى فيه أصاله الصـحه مع كون الشـرط شـرطا على كل تقـدير و لزم من انعدامه بطلان العمل مثلا ففى المقام أن وجود المبيع دخيل فى صحه البيع لبطلان العقد بدونه على كل تقدير،

فوقوع البيع عليه غير مقدور على المكلف و على تقدير وجوده فوقوع البيع عليه مقدور و مع عدمه فغير مقدور فلا نجرى قاعده أصاله الصحه فى مثل ذلك و من هذا القبيل ما لو باع لا يعلم أنه ماله أو لا مع عدم كونه تحت يده و كذا بيع من نشك فى بلوغه و عدمه و هكذا الأمر فى قاعده الفراغ و قد خالف شيخنا الأنصارى فى هذا الشرط فى قاعده الفراغ.

و ثالثا: ما ذكره المصنف مع الغض عن الإشكالين الأولين من وجود الجامع بين الصحيح و الفاسد بحيث ينطبق عليهما، و أما إذا لم يكن هنا جامع بينهما لكون الفاسد غير معقول كما فى المقام فان المعدوم محال فلا يمكن حمل فعل المسلم على الصحه بوجه.

الكلام فى بيع ما لا يفسده الاختبار

بقى هنا فرعان قد تعرض لهما الأصحاب،

أحدهما اعتبار الاختيار فيما لا يفسده الاختبار، فهل يشترط فيه الاختبار كما ذكره بعضهم أو يعتبر فيه اشتراط الصحه كما ذكره آخر أو يعتبر فيه البراءه من العيوب كما ذكره ثالث أو الأخيرين معا كما ذكره رابع أو يكفى التوصيف كما ذكره بعضهم أو مع الانضباط كما ذكره آخر وجوه،

بل أقوال فى المسأله كما يظهر من مطاوى كلمات الأصحاب التى نقل جمله منها المصنف (ره) فلاحظها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۳

و لا- يهمنا التعرض بكلمات الأصحاب و بيان مرادهم كما تعرضها المصنف بعد ما لم يكن إجماع فى البين كما يظهر لمن يلاحظها و لم يرد فى المقام نص حتى يلاحظه فلا بدّ من التكلم هنا على مقتضى القاعده بل التحقيق أن يقال أن الأوصاف التى تختبر على أقسام، فإنها قد تكون من أوصاف الصحه الدخيله فى صحه البيع فتاره تكون

الأشـياء المتصـفه بهـا مما لا يفسـده الاختبار و أخرى مما يفسـده الاختبار، أما الأول كالعطور و بعض أقسام الفواكه من العنب و التين و نحوهما بمقدار يسـر منها غير مفسد قطعا فنقول أن المانع من صـحه البيع مع الجهل بأوصاف المبيع من الأوصاف الصحه كالطعم و الرائحه فيما يقصـد منه طعمه أو ريحه من العطور و الفواكه ليس الّا الغرر الثابت بحديث نفى الغرر بناء على تماميته أو الإجماع المنعقد على اعتبار العلم بالعوضين بناء على تماميته أيضا و حجيته، فلا شبهه أن المناط فى صحه البيع فى جميع الموارد هو ارتفـاع وصف الغرر فـان البيع الغررى باطـل فلاـ بـد من ملاحظه ما يوجب ارتفاع الغرر من غير تخصـيص بشـرط خاص من الاشتراط أو الاختبار أو البراءه من العيوب.

و عليه فيرتفع الغرر بـأمور، الأـول: الاختبـار بما لا يفسـده الاختبار، فيما يسـتخير حال المبيع به كاستشـمام العطور و ذوق الفواكه التى لاـ تفسـد بالاختبـار كأكـل حبه من العنب و نحوه أو استشـمام بعض أقسامها فإن ذلك يرفع الغرر فيكون البيع صـحيحا من ناحيه الغرر فهذا مما لا شبهه فيه.

الثـانى: اشتراط الصـحه من العيوب الموجبه للغرر بحيث يكون الخيار عنـد ظهور المبيع أو الثمن فاقـدا لـذلك الوصف لكل من البائع و المشترى و هذا أيضا رافع للغرر كما هو واضح.

الثالث: الاقدام على المعامله مطلقا من غير اشتراط و لا اختبار أصلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۴

بل يسـكت عن جميع ذلك، و لكن الشرط الضمنى موجود فى المقام بظهور العوضين واجدا لأوصاف الصحه و لم يكن عديما لها بحيث لو ظهر فاقدا كان للمشروط له الخيار، و مع هذا الشرط الضمنى لا يضره السكوت عن الاشتراط

لانصراف المطلق الى الفرد الصحيح و الذى يدلّ على هذا بناء العقلاء فى معاملاتهم فإنهم يعاملون معامله كليه أو جزئيه مطلقه و إذا ظهر المبيع فاقدا لأوصاف الصحه يرجعونه الى صاحبه و يكون لهم الخيار حينئذ.

فتحصل أن ارتفاع الغرر فى المقام ليس منحصرا بالاختبار بل كما يرتفع به ككك يرتفع بالاشتراط و بالشرط الضمنى أيضا لعدم ورود النص على الاختبار بالخصوص و عدم وجود الإجماع عليه كما ظهر من مطاوى ما ذكرناه، بل الإجماع على عدمه فإنه من باب ذكر وصف الصحه و من الواضح أنه غير لازم إجماعا كما ذكره المصنف فى جواب السرائر، و أما توصيف البائع المثمن و توصيف المشترى الثمن مع حصول الوثوق منهما فداخل فى صوره الاشتراط.

و أما اشتراط البراءه من العيوب فالظاهر من عباره المصنف من عطفه على اشتراط الصحه بأو و كذلك الظاهر من عباره النهايه و المقنعه المنقوله فى المتن هو كفايته فى نفسه حيث قال (خلافا لظاهر جماعه تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحه أو البراءه من العيوب أو خصوص أحدهما) أقول ان كان المراد من البراءه من العيوب هو إحراز كل من البائع و المشترى كون المبيع سليما عن العيوب و صحيحه هذا هو المراد ظاهرا للمصنف حيث ذكر فى أواخر كلامه أنه ظاهر عبائرهم المتقدمه اشتراط الموصف أو السلامه من العيوب فيما يفسده الاختبار بحيث يكون البيع غير غررى و ان كان المراد من البراءه من العيوب التبرى منها بحيث يبيع المتاع على ما هو عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۵

من الصحيح و الفساد سواء ظهر فاقدا لأوصاف الصحه أو واجدا لها لا يكون خيار للمشترى و يشرط المشترى على البائع فى

الثمن أيضا، هذا الاشتراط فهذا البيع غررى بلا شبهه فيكون الاشتراط مؤكدا للغرر فيبطل البيع للغرر بناء على مانعيته عن البيع فلا يرتفع الغرر بالاشتراط و على الاجمال فلا وجه لاشتراط هذا الشرط أصلا، فإنه ان كان راجعا الى اشتراط الصحه فذكره تكرار و ان كان بمعنى التبرى فاشتراطه مؤكد للغرر فلا يكون رافعا له.

و من جميع ما ذكرناه ظهر بطلان ما ذهب إليه فى السرائر من تقويه عدم جواز بيع العين الحاضره المشاهده بالتوصيف، بل لا بد من ذوقها و شمها.

و مما ذكرناه ظهر جريان أصاله السلامه فى المبيع فان المراد بها هو اشتراط كون المبيع سالما على العيوب بالشرط الضمنى و واجدا لأوصاف الصحه على النحو الذى تقدم و هذا مما جرى عليه بناء العقلاء فى معاملاتهم و ليس المراد من أصاله السلامه ما يكون طريقا إلى إحراز كون المبيع واجدا لأوصاف الصحه باستصحاب الحاله السابقه التى شوهدت و كانت واجده لأوصاف الصحه حتى يناقش فيها بما ناقشه المصنف من عدم الدليل عليه لا من بناء العقلاء الّا فيما إذا كان الشك فى طرو المفسد و لا من غيره فإنه لو كان المراد من أصاله السلامه هو ذلك فليس عليه دليل حتى مع الشك فى طرو المفسد الذى استثناه المصنف، فانا ذكرنا فى علم الأصول أنه لا وجه لكون بناء العقلاء دليلا للاستصحاب و أنه غير ثابت كما هو واضح، و هذا بخلاف ما ذكرناه من أصاله السلامه فإن بناء العقلاء عليه مسلم كما لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۶

ثم ظهر أيضا من جميع ما ذكرناه بطلان ما ذكره المصنف من التفصيل، بين الأوصاف الدخيله فى معظم الماليه و بين غيرها،

و حاصله أن الأوصاف ان كانت دخيله فى معظم الماليه بحيث تزول الماليه المهمه بزوال الأوصاف فلا بد من إحراز السلامه عنها اما بالأصل أو بالاختبار أو التوصيف و مع انتفاء الأول يبقى الأخيران و هذا ككون الجاريه خنثى و كون الدابه لا تستطيع المشى أو الركوب و الحمل عليه.

و أما إذا لم تكن الأوصاف من قبيل الأوصاف الدخيله فى معظم الماليه فلا يجب إحرازها و لا يلزم الغرر من الانتفاء و هذا ككون الجاريه ممن لا تحيض فهى فى سنّ من تحيض، فان انتفاء ذلك لا يوجب انتفاء معظم الماليه لبقاء الاستمتاع و الاستخدام على حالها غايه الأمر قد انتفى الاستيلاد فقط و أما فى الأول قد انتفى الاستمتاع أيضا.

و قد ظهر جواب هذا التفصيل أيضا فإن المناط فى صحه العقد هو رفع الغرر كما تقدم، فكلما يلزم من عدم اعتباره و اشتراطه فى العقد غرر فلا بدّ من اشتراط ما يوجب رفعه من الاختبار أو اشتراط الصحه أو الإرجاع إلى أصاله السلامه و الّا فلا، سواء كانت دخيله فى معظم الماليه أم لا، فان ما يكون دخيلا فى ذهاب الماليه و ان لم تكن معظما فالسكوت عنه فى مقام البيع غرر بلا شبهه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه حكم ما يفسده الاختبار أيضا فإن جميع ما ذكرناه جار فيه الّا الاختبار لان المفروض أن الاختبار يفسده و أما اشتراط الصحه أو بيعه مطلقا ايكالا إلى أصاله السلامه فهما جاريان فيه، كما يجريان فى الأول أعنى ما لا يفسده الاختبار و هذا كبيع نوع الفواكه التى يفسدها الاختبار كالرقى و البرتقال و الليمو أو نحوها فان الغرر يرتفع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۷

فيها

بأحد الأمرين المذكورين فلو تبرء عن العيوب يكون غرريا فيبطل.

نعم قد ورد فى المقام روايه «۱» ربما يتوهم فيها اعتبار الاختبار فيما يختبر حيث قال (ع) فيمن سأل عن ذوق الطعام فى المال الذى يريد أن يشتريه، فقال (ع) نعم فليذقه فلا يذوقن ما لا يشترى.

و فيه ما ذكره المصنف (ره) من أن السؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه فإنه (ع) جوّز ذلك لمن يريد الاشتراء لا لكل من و لو لم يكن نظره ذلك و الّا فإن بعض الطماعين يأخذون ذلك وسيله لأكل أموال الناس بأن يأكل من دكان عشره حبات من العنب و من الأخر كك، و من الثالث هكذا فيكون أكثر من الحقه فنهى الامام (ع) عن ذلك فيجوّز هذا النحو من الطريق أيضا.

فتحصل أن ما لا يفسده الاختبار فبالنسبه إلى الأوصاف الدخيله فى صحه المبيع يجوز بيع الموصوف بها بالاختبار و بالتوصيف و بالاعتماد على أصاله الصحه و السلامه على المعنى الذى ذكرناه أى انصرافه الى كون المبيع سالما عن العيوب و واجدا لأوصاف الصحه فإنه الفرد الصحيح و قلنا هذا معتبر بالشرط الضمنى فى العقود و المعاملات.

و أما بالمعنى الذى ذكره المصنف من كونها محرزه لبقاء المبيع على أوصاف الصحه و عدم طروّ العيب له ليوجب زوال صحه المبيع فليس له مدرك صحيح كما عرفت حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه فانا ذكرنا فى بحث الأصول أنه لا دليل على اعتبار الاستصحاب من ناحيه بناء العقلاء كما هو واضح.

و قد عرفت أيضا أنه لا يفرق فى ذلك فى الأوصاف التى لها دخل فى

---

(۱) وسائل: ج ۱۲، ص ۲۷۹.

معظم ماليه المبيع و

ما لا يكون كك، فان فى جميع ذلك لا بد من رفع الغرر فى صحه البيع و الّا يحكم بالبطلان فرفعه بأحد الأمور الثلاثه المتقدمه فلا دليل على الفرق المذكور بوجه، و ان التزم المصنف و على هذا فلا وجه للالتزام بلزوم الاشتراط أو لزوم الاختبار فقط كما ذهب إليه الحلى (ره).

و أما أوصاف الكمال ككون الفاكهه أو الدبس حلوا شديدا و زائدا عن الحد الأوسط أو واجدا لأصل الحلو المتوسط فان الحلاوه من الأوصاف الكماليه فإن كان المتاع مما يمكن توصيفه بالوصف الكمالى و بيانه على نحو يرتفع به الغرر فيجوز بيعه بالاختبار من المشترى و بالتوصيف من البائع فيكون اخباره اشتراطا مع الوثوق باختباره و بالاشتراط أيضا بأن يشترط المشترى كونه واجدا لوصف الكمال، و أما الاعتماد على أصاله الصحه، و السلامه المتقدمه فلا يجرى هنا فإن الأوصاف ليس من الأوصاف الصحه حتى ينصرف الإطلاق إلى الصحيح و أن كون المبيع صحيحا أخذ شرطا فى ضمن العقد كما لا يخفى.

و أما فيما لا يمكن التوصيف و الاخبار كما إذا كان الوصف على نحو يدرك و لا يوصف كوصف الملاحه و نحوها ففى ذلك لا بد فى رفع الغرر، اما من الاشتراط أو الاختبار و الّا فيكون باطلا للغرر المنفى، فإن المفروض ان الأوصاف المذكوره لها دخل فى الماليه فإذا لم يشترط البيع على نحو يكون رافعا للغرر فيكون البيع باطلا لذلك.

و أما فيما يفسده الاختبار فبالنسبه إلى أوصاف الصحه فيأتى فيه جميع ما ذكرناه فيما يفسده الاختبار لأن المفروض أنه يفسده فيبيع اما مع الاشتراط أو مع الاعتماد على أصاله الصحه على النحو المتقدم أو يخبر البائع عن الأوصاف فيكون هذا أيضا رافعا

للغرر مع الوثوق بكلامه،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۳۹

فيكون هذا أيضا داخلا فى الاشتراط فإنه نحو منه.

و أما الأوصاف الكماليه فبالنسبه إلى الأوصاف التى يمكن الاطلاع عليها فيجوز المعامله ح بالاشتراط و بتوصيف البائع فيرتفع الغرر بهما فيكون داخلا فيما يشترى اعتمادا على وصف البائع أو يشترط كون المبيع واجدا للأوصاف الكماليه و مع ذلك يرتفع بها الغرر.

و أما الأوصاف الكماليه التى لا يمكن الاطلاع إليها أصلا إلّا بالاختبار ككون البطيخ حلوا و كون الرقى أحمر من الأوصاف الكماليه التى لا يعلم الّا بالاختبار، فالظاهر انها غير دخيله فى الماليه أصلا فلا يلزم عدم اشتراط كون المبيع واجدا لها غرر أصلا، فإن المفروض ان المورد فما يفسده الاختبار و أن التوصيف لا يمكن أيضا و ان أصاله السلامه غير جاريه فيبيع المالك على هذا النحو إذ لا يفرق العرف فى أمثال ذلك بين ما يكون واجدا لها و بين ما يكون فاقدا لها لعدم طريقهم الى ذلك، و ان كانوا يفرقون بينهما بعد الاطلاع إليها و على هذا ان اشتراط المشترى كون المبيع واجدا لتلك الأوصاف فبها و الّا فليس له حق الرجوع أصلا فهذا هو الذى تعارف فى العرف التبرى من كون المبيع واجدا لها أو فاقدا لها فيقول أبيع المتاع الفلانى على ما هو عليه سواء كان واجدا للوصف الفلانى أو فاقدا له دون ما كان الوصف من الأوصاف الصحه لما عرفت أن التبرى من فقد ان الوصف من أوصاف الصحه موجب للغرر.

الكلام فى حكم ظهور المبيع معيبا

اشاره

و أما الكلام فى حكم تخلف الأوصاف المذكوره فذكر المصنف فى فرض

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۰

تخلّف وصف الصحه أقساما ثلاثه:-

الأول: أن يكون لفساد المبيع فى نفسه

قيمه كالجوز و البطيخ و سائر أقسام الفواكه إذا لم يكن الفساد بمرتبه يوجب خروج المبيع عن حيز الانتفاع و لا كونه معنونا بغير عنوان المبيع فان لب الجوز و ان كان فاسدا بصيرورته أسود و لكن مع ذلك ينتفع به بأخذ دهنه و ككك البطيخ و الرقى و سائر الفواكه إذا لم تصل من الفساد الى مرتبته تخرج عن الانتفاع، بل فسد جزء منها و صار به دود و نحوه و أما الباقى فيصح الانتفاع به

و قد مثل المصنف بذلك ببيض النعامه بدعوى أن لفاسده أيضا قيمه، و لا تعهد بخصوصيات فوائده و هو أعرف بمقاله.

الثانى: أن يكون لفاسده أيضا قيمه و لكن كان خارجا عن نوع الصحيح بحيث يعدّ فى نظر العرف شيئا آخر غيره و هذا كظهور اللوز و الجوز قشرا فان للقشر قيمه و ماليه فى نظر العرف فى الحريق و لكن من حيث انه حطب لا من حيث انه جوز.

الثالث: أن لا يكون للفاسد ماليه و قيمه أصلا كالبطيخ الفاسد بحيث لا ينتفع به أصلا.

و بعباره أخرى أن فاسد المبيع قد يكون فاسدا بحيث يكون خارجا عن الماليه أصلا و أخرى يكون له ماليه و قيمه و على الأول تاره يكون من جنس الصحيح و أخرى من غير جنسه، فالأقسام ثلاثه.

أما القسم الأول: فتاره يكون ظهور العيب قبل الكسر و القص، بان عرف أن البطيخ فيه دور و أخر بعد الكسر فعلى الأول يتخير المشترى بين الفسخ و الإمضاء بدون الأرش بأن يرضى بالعقد على أى نحو كان أو الإمضاء مع الأرش كما هو واضح، و أما بعد الكسر فليس له فسخ العقد الّا مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص:

اشتراطه هكذا بان يقول للبائع حين البيع لو ظهر متاعك معيبا و لو بعد الكسر فلى أن أرجعه و أما مع الاعتماد على أصاله السلامه فلا يجوز له الفسخ، بل يتخيّر بين الرضى بالعقد بدون الأرش و الرضاء به مع الأرش.

و أما القسم الثانى: فالظاهر هو بطلان العقد لما عرفت مرارا أن تخلف الأوصاف التى من الصور النوعيه فى نظر العرف يوجب البطلان فان ما هو موجود ليس بمبيع و ما هو مبيع ليس بموجود، فيكون البيع باطلا كما لا يخفى.

و الحاصل أنه إذا ظهر المبيع فاسدا و كان للفاسد أيضا قيمه و لكن يحسب فى نظر العرف غير الصحيح بحسب الصوره النوعيه كما إذا اشترى وزنه تمر فظهر أنه فى حكم النبوى لاـ ينـاسب الّا بالحرق فهذا لا إشكال فى فساد البيع لما عرفت أن المبيع غير موجود و الموجود غير مبيع و هذا خارج عن الاقسام الذى ذكره المصنف و نتعرض لها.

و حاصل الأقسام أن ما ظهر المبيع فاسدا تاره يكون مع كونه فاسدا على قيمه الصحيح و أخرى أقل منه، و ثالثه يظهر أنه لا قيمه له أصلا و على كل تقدير فقد يكون ظهور الفساد قبل الكسر و القصّ و قد يكون بعده، فالأقسام سته.

أما إذا كان ظهور العيب قبل الكسر فما إذا كان الفاسد بحيث تكون قيمته مساويا لقيمه الصحيح فح ليس للمشترى أخذ الأرش فإن المفروض ان قيمتهما متساويه فالأرش انما يكون إذا كانت قيمه المعيب أقل من الصحيح فإن الأرش عباره عن تفاوت القيمه بين الصحيح و المعيب فإذا لم يكن تفاوت فى البين فأى معنى للأرش نعم له فسخ العقد لخيار العيب أو إمضائه ككك و

أما إذا كانت قيمه الفاسد أقل من قيمه الصحيح فيتخيّر المشترى بين الأمور الثلاثه فسخ العقد أو الرضى به بدون الأرش أو الرضا به مع الأرش

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۲

فإن المعيب أقل قيمه من الصحيح فللأرش هنا مجال.

و أما إذا كان الفاسد بمرتبه لا ـ قيمه له أصلا كما إذا اشترى بطيخا فظهر فاسدا على نحو لم تكن له قيمه أصلا كان يعدّ من الزباله ففى هنا يحكم بالبطلان إذ المبيع من حيث عدم ماليه فى حكم المعدوم فليس هنا أرش أيضا، بل الحكم هو الانفساخ ليس الا بل الوجه هو البطلان لعدم اعتبار العقلاء ذلك البيع بيعا أصلا حتى بناء على عدم اعتبار الماليه فى المبيع كما بنينا عليه فى أول البيع فان ما ليس بمال يعدّ فى نظر العرف نوعا أخر فى قبال ما هو مال فإذا وقع البيع بالمال فظهر غير مال فقد تخلّف صورته النوعيه فيكون فاسدا، من هذه الجهه نظير ما إذا اشترى أحد عصفورا فبان انه حشره من الحشرات فان بيع الحشرات فى نفسه و ان كان جائزا و لكن المبيع هنا ليس هو الحشره، بل هو العصفور فما هو مبيع ليس بموجود و ما هو موجود ليس بمبيع و كذلك الحال فى المقام.

و أما إذا ظهر الفساد بعد الكسر فان كان الفاسد أيضا مالا و كانت قيمته مساويه لقيمه الصحيح فليس للمشترى هنا شى ء أصلا من أنحاء الخيارات أما الأرش فلما عرفت من عدم تفاوت المعيب مع الصحيح من حيث القيمه و أما الرد و الفسخ فهو و ان كان جائزا قبل الكسر و التصرف و لكن يسقط ذلك بعد الكسر للنص «۱» الخاص الوارد فى

خيـار العيب من أنه إذا أحـدث فيه حـدثا أو لا ـمس فلا ـ يجوز له الرد فيكون ذلـك ساقطـا للنص و ان كـان هو جـائزا فى نفسـه بحسب القاعده.

و لا يفرق فى ذلك بين أن يكون للمكسور قيمه أولا و لا بين أن تكون قيمه

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ باب سقوط خيار المشترى بتصرفه ح ۱ و ۳ ص ۳۵۱.

الفاسد بعد الكسر أقل من الصحيح أولا فإنه على كل تقدير ليس له حق الرجوع بوجه فإنك عرفت أن قيمه الصحيح و المعيب متساويتان و انما سقط الفاسد عن القيمه أو نزلت قيمته بكسر المشترى.

و أما إذا كانت قيمه الفاسـد أقل من قيمه الصـحيح فح فلا يجوز للمشترى الفسخ لما عرفت من سـقوطه بالكسـر للنص فح يتخير المشترى بين الرضـى بالعقد بدون الأرش أو الرضا به مع أخذ الأرش و المراد من الأرش هنا هو تفاوت ما بين الصحيح و الفاسد قبل الكسـر لا بعده إذ قد لا يكون للفاسد قيمه بعد الكسـر أصـلا كما عرفت و لكن ذلك مستند الى فعل المشترى و احداثه فيه حدثا فيسقط للنص.

و أمـا إذا لم يكن له قيمه أصـلا فحكمه حكم قبـل الكسـر اعنى انفسـاخ العقـد إذ لا ماليه للمبيع أصـلا و العقلاء لا يعتبرون مثل ذلك البيع بيعا و انما هو فى صوره البيع و الأمر كك حتى مع القول بعدم اعتبار الماليه فى المبيع كما عرفت فان البطيخ إذا ظهر معيبـا بحيث لا يعـدّ من المأكول فيكون نوعا آخر فى مقابل المأكول فهما فى نظر العرف مختلفان بحسب الصوره النوعيه كما لا يخفى فيكون البيع باطلا من الأول سواء كان ظهور العيب قبل

الکسر أو بعده، فیکشف عند ظهور العیب أنه باطل من الأول کما صرح به الشیخ و الحلی و العلامه فی التذکره مستدلین بوقوعه علی ما لا قیمه له کالحشرات و هو صریح جمله ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرین.

و لکن الظاهر المحکی عن الشهید فی الدروس انفساخ البیع من حین تبین الفساد لا من أصله و جعل الثانی احتمالا و نسبه الی ظاهر الجماعه و قد أشکل علیه المصنف بما لا یخلو عن المتانه و حاصله أنه لم یعلم لذلک وجه، و لذا نسب الشهید الثانی فی الروضه خلافه الی الوضوح و الوجه فی

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۴

بطلانه أن الفاسد ان لم یکن من الأموال فیفسد البیع من أصله لأن کون المبیع متمولا- شرط واقعی لا- علمی، و ان کان من الأموال فان لم یکن تفاوت بین الصحه و المعیب فلیس للمشتری خیار فکذلک بعد التصرف و ان کان له خیار عیب قبل التصرف کما تقدم، و ان کان بینهما تفاوت فیؤخذ التفاوت بعد التصرف لا جمیع الثمن و قبل التصرف یتخیر بین الأمور الثلاثه، کما تقدم.

ثم وجه کلامه بأنه الّا ان یقال انه مال واقعی إلی حین تبین الفساد فإذا سقط عن المالیه لأمر سابق علی العقد و هو فساده واقعا کان فی ضمان البائع فینفسخ البیع ح، بل یمکن ان یقال بعدم الانفساخ و حیث ان خروجه عن المالیه لأمر سابق و سبب سابق کان فی ملک البائع فکان الضمان علی البائع.

و الحاصل أن البیع منفسخ فی زمان ظهور العیب و الرجوع الی البائع من جهه کون حدوث العیب فی ملکه کما لا یخفی.

ثم أشکل علیه المصنف بکونه علی خلاف

القواعد على ما سيأتى فى الخيارات، و انما تعرضه المصنف هنا لأجل خصوصيه فى المقام.

و حاصل ما أورده المصنف عليه أنه ان كان العلم بالعيب موضوعا للخروج عن الماليه فيكون حدوث العيب فى ملك المشترى فلا- وجه للرجوع إلى البائع و ان كان طريقا الى ذلك فيكون كاشفا عن البطلان من الأول فإنه إذا انكشف الفساد حكم بعدم الماليه الواقعيه من الأول فلا- وجه للحكم بالانفساخ حين ظهور العيب على أنه لو سلمنا أن العلم بالعيب مخرج له عن الماليه لا كاشف فهو مثال ان زيد يعمى بعد مده و كالعبد المريض يموت بعد مده فإنه فى مثل ذلك فيرجع الى البائع لا فى جميع المبيع، بل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۵

بالتفاوت بين الصحيح و المعيب قبل التلف و الخروج عن الماليه، لأن المعيب أيضا له ماليه و له قيمه كما لا يخفى على أن فوات الماليه يعدّ تلفا لا عيبا كما هو واضح.

و بالجمله لا- نعرف وجها لتصحيح كلام الشهيد فإنه ان كان الفاسد له قيمه فحكمه ما ذكرناه و ان لم تكن له قيمه فحكمه الانفساخ من الأول لعدم كونه مالا من الأول على أن ما وقع عليه البيع غير الموجود و ما هو موجود غير ما وقع عليه العقد كما تقدم.

الكلام فى ثمره الخلاف

و أما ثمره الخلاف بين ما كان الانفساخ من الأول

كما ذهب إليه الأكثر على ما عرفت، و بين ما كان من حين ظهور العيب فى المبيع فهى تظهر فى ترتب آثار ملكيه المشترى الثمن الى حين تبين الفساد فلو اشترى البائع دارا بالثمن المذكور فربح فى ذلك ألفا فإنه للمشترى على المشهور لحصول الانفساخ من الأول و عدم خروج

الثمن من ملک المشتری أصلا فیکون اشتراء الدار فضولیّا.

و للبائع علی قول الشهید کما هو واضح.

و عن الـدروس و اللمعه أن الثمره تظهر فی مؤنه نقله عن الموضع الـذی اشـتراه فیه الی موضع اختبـار فقـد ذکر فی ذلـک أقوال ثلاثه:- الأول: ما ذکره الشهید الأول من أن مؤنه النقل علی تقدیر انفساخ العقد من الأول انما هی علی البائع، و علی المشتری لو قلنا بالانفساخ حین ظهور الفساد فی المبیع لوقوعه فی ملکه، و قد نقل المصنف هذا الوجه و ارتضاه.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۶

الثـانی: مـا ذکره المحقق الثـانی فی جـامع المقاصـد و تبعه الشـهید الثـانی من کونها علی المشتری مطلقا و لیس له أن یرجع الی البائع، و الوجه فیه هو أن المشتری نقله بغیر أمر البائع.

الثـالث: ما ذکره المصـنف عن بعض الأساطین- کاشف الغطاء- و هو کونها علی البائع مطلقا فإنه قـدره نفی البعـد عن ذلک، و الظاهر: أن شیئا من الوجوه الثلاثه لا یمکن المساعده علیه.

أمـا الوجه الأـول: فلاـ دلیـل علیه من النص و الإجمـاع و العقل، لأن مجرّد ظهور العیب فی ملک المشتری لا یسـتلزم کون غرامه النقل علیه کما ان عـدم ظهور فی ملک الغیر لا ینفی الغرامه عنه، بل لا بـد فی ذلک من وجود السبب للضـمان، و کک لا وجه للوجه الثانی و الثالث علی وجه الإطلاق، کما سیظهر وجهه.

و التحقیق أن یقال: قـد تقدم فی بیع الفضولی أنه إذا اسـتند الوقوع علی الضـرر الی غیره بالاغترار کان ضـمانه علی الغار لقاعده الغرور الثابته بالنقل و الاعتبار و الّا فلا، و علیه فان کانت الغرامه الحاصله من نقل المبیع الی مکان الاختبار مستنده الی البائع، و

کونه غارا للمشتری فی ذلک لعلمه بالعیب و جهل المشتری به فمؤنه النقل علی البائع.

و أن لم یکن اغترار فی المقام لعلمهما بالحال أو جهلهما بها فالغرامه علی المشتری، لأنک قد عرفت فی المبحث المذکور أن الغرور انما یتقوم بأمرین أحدهما علم الغار بالعیب، و ثانیهما جهل المغرور به، و مع انتفاء أحدهما ینتفی الغرور، و علی هذا فلا وجه لما ذهب الیه جامع المقاصد و ما قرّبه بعض الأساطین علی الإطلاق، بل لا بد من التفصیل فی المسأله بلحاظ الغرور و عدمه، هذا کله فی مؤنه نقل المبیع من مکان البیع الی مکان الاختبار.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۷

و أما مؤنه النقل من مکان الاختبار الی مکان البیع أو المکان الأخر مع مطالبه البائع أو کونه فی مکان یجب تفریغه کالمسجد و المشهد أو فی مکان مغصوب فذکر المصنف أنه علی البائع علی تقدیرین لأنه بعد الفسخ ملکه، و أما لو لم یکن قابلا فلا یبعد مؤاخذه المشتری به.

و فیه أن هذا أیضا لا یتم لعدم الدلیل علیه فان مجرد کون المبیع ملکا للبائع بعد الانفساخ لا یوجب کون مؤنه النقل الیه، بل التحقیق ان یقال:

إذا کان المعیب الذی خرج عن المالیه ملکا للبائع کحبه من الحنطه مثلا، أو موردا للحق و ان خرج عن الملکیه أیضا کما إذا صار الحیوان میته أو ظهر البطیخ فاسدا بحیث لا یعتبر العقلاء فی مثله الملکیه أیضا فطلب المالک ملکه أو متعلق حقه فان کانت المعامله خالیه عن غرور البائع المشتری و لم یستند ذلک الی تسبیب البائع لجهله بالحال فمؤنه النقل علی المشتری فإنه وضع یده علی ملک غیره أو علی مورد حقه فیجب علیه

أن يرده الى صاحبه فان مقتض دليل اليد الثابت بالنص و الإجماع و السيره كما يشمل الأموال و ككك يشمل الاملاك و الحقوق أيضا.

أقول: لا دليل على حرمه التصرف فى ملك الغير ما لم يكن مالا و ما لم يزاحم حق المالك و دليل اليد ناظر الى غير ما نحن فيه على انه ضعيف السند و السيره مشكوكه الشمول له و ان استند ذلك الى تغرير البائع المشترى فتكون مؤنه النقل على البائع.

و على الجمله أن مجرد كون المعيب ملكا للبائع لا يدل على كون الغرامه و مؤنه النقل من مكان الاختبار الى مكان البيع إلى البائع، بل بعد ما وضع المشترى يده على ملكه بغير اغترار يجب عليه رده الى صاحبه مع المطالبه.

و أما إذا لم يطالب البائع ملكه أو متعلق حقه و لكن كان ذلك فى مورد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۸

يجب تفريغه منه كما إذا كان فى مسجد أو فى مشهد أو كان ذلك فى ملك الغير فطلب تفريغ ملكه فالظاهر فى هذا الفرض كون مؤنه الإفراغ على المشترى حتى مع الاغترار فى المعامله من البائع فإن قاعده الغرور انما توجب كون غرامه المغرور على الغار فيما يكون التضرر فى لوازم المبادله و التمليك و التملك و من الواضح أن النقل من مكان البيع الى مكان الاختبار و بالعكس من لوازم التمليك و التملك فتجرى فيها قاعده الغرور، و أما فى ذلك فلا و من البديهى أن وضع المتاع فى المسجد، أو المشهد أو فى ملك غيره ليس من لوازم التملك الذى وقع فيه الغرور و هذا واضح جدا.

ثم ان المحكى فى الدروس عن الشيخ (ره) و أتباعه أنه لو

تبرء البائع من العيب فيما لا قيمه لمكسوره الى ح.

و فيه قد أشرنا إليه فيما تقدم و قلنا بأنه اما غير محتاج اليه أو غير معقول بيان ذلك أن البراءه من العيوب ان كان من جهه الاطمئنان بصحه المبيع و إحراز كونه سالما عن العيوب اما بإخبار البائع أو اعتمادا على أصاله السلامه بناء على كونها محرزه لصحته فليس هذا فى نفسه شرطا آخر غير اشتراط الصحه، بل مرجعه الى ذلك فليس لذلك وجه حتى يذكروها مقابلا لاشتراط الصحه، على أنك عرفت أنه لا دليل على كون أصاله السلامه محرزه للواقع حتى فيما كان للمبيع حاله سابقه و ان كان المراد من اشتراط البراءه من العيوب هو التبرى عن عيوب المبيع بأى نحو كان من غير إحراز صحته بطريق و لا اشتراط صحته فى المبيع و لو بأصاله السلامه فيكون ذلك تأكيدا للغرر فيكون البيع غرريا، على أنه لا نحتمل أن يقول أحد بأن البيع إذا لم يكون مشروطا بالبراءه من العيوب يكون فاسدا و أما إذا كان مشروطا بها يكون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۴۹

صحيحا مع أنه يؤكد الغرر و يقرره كما عرفت و على كل حال لا نعقل معنى صحيحا لهذا الاشتراط.

و قد يوجّه بأن المراد من اشتراط البراءه اشتراط المشترى برأيه المبيع من العيوب و كونه صحيحا و فيه أولا أنه خلاف الظاهر من ذلك و ثانيا ما ذكره المصنف من أن الكلام فى برأيه البائع من العيوب دون المشترى فلا يمكن حمله على هذا الوجه.

نعم لو دار الأمر بين حمله على الغلط و بين توجيهه بذلك فلا بأس به صونا لكلام الأعاظم عن الغلطيه.

الكلام فى جواز بيع المسك فى فاره

قوله: مسأله: المشهور من غير

خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فاره.

أقول: هـذا لاـ شبهه فيه مع الاشتراط أو الاعتماد على أصاله السلامه أو بالاختبار مع الإمكان و ذكر المصنف (ره) فالأحوط ما ذكروه من فتقه بادخل خيط فيها بإبره ثم إخراجه و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الداخل عليه من جهه الفتق فهو مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم من انه هل ضمان المأخوذ بالسوم مع التلف على المشترى أو على البائع و على كل تقدير فهل الحكم أعم من تلف الموصوف و الوصف أو هو مختص بتلف الموصوف فقط فعلى القول بضمان المشترى للموصوف و الأوصاف معا ففى المقام أيضا يضمن لإتلافه وصفا من أوصاف المسك و جعله ناقصا بحيث أخذ عنه وصف التماميه ثم ذكر أن الاولى أن يباشر البائع بذلك و يشمه المشترى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۰

أقول: لاـ وجه لقياس المقام بالمقبوض بالسوم لوجهين: الأول: أن النزاع فى ضمان المشترى بالمقبوض بالسوم هو فرض التلف، ففى المقام هو الإتلاف سواء قلنا بالضمان هناك أم لا، فلا بد من القول بالضمان هنا فان من أتلف مال الغير فهو له ضامن فبناء على الضمان بالنقص فى مال الغير فيكون ضامنا هنا أيضا كما هو الحق و المحقق فى محله.

الثانى: أن الإتلاف هنا مستند إلى البائع دون المشترى فلا وجه للضمان على المشترى كما هو واضح.

و قد يتوهم بطلان بيع المسك بدون الاختبار لوجهين:- الأول: النجاسه فإنه من الدم فهو نجس فيبطل بيعه لذلك.

الثانى: للجهاله و الغرر اما الأول فيرد عليه أولا أن كون المسك فى جميع الأزمنه متعارفا من غير نكير من أحد بأنه نجس و ثالثا لا

دلیل على کون النجاسه مانعا عن البیع تکلیفا و وضعا کما تقدم فی المکاسب المحرمه و قد اعترف بذلک المصنف فی بیع المیته و أما الوجه الثانی فمضافا الى أن عمده الدلیل على ذلک هو الإجماع لکون دلیل نفی الغرر مخدوشا سندا و دلاله و أن الإجماع هنا لیس بتمام لقیام الشهره بل الإجماع على جواز بیع المسک فی فاره على أن مانعیه الجهاله انما هی للغرر فهو منفی إذا بیع مع الاشتراط أو معتمدا على أصاله السلامه بالمعنى الذی تقدم.

ثم ذکر العلامه فی التذکره عدم جواز بیع اللؤلؤ فی الصدف و بیع البیض فی بطن الدجاج.

أقول: أما بیع اللؤلؤ فی الصدف فلا شبهه فی بطلانه لکونه غرریا فان

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۱

بعض أفراد اللؤلؤ یسوى بدرهم و بعضه الأخر یسوى بألف درهم کاختلاف أفراد الفیروزج بذلک فإنه قد یکون اللؤلؤ صافیا فیسوى بألف دینار و قد یکون کدرا فلا یسوى إلا بدینار مع اتحادهما فی الکبر و الصغر.

و أما البیض فان کان من دجاج یعلم أنه بأی نحو یبیض من الصغر و الکبر بحیث جرى عادته أنه یبیض على نحوه یسوى بیضه بعشر أفلس فهذا لا إشکال فی صحه بیعه لعدم الغرر فیه و ان لم یعلم بذلک و تجری العاده بأنه بأی کیفیه یبیض فبیعه غرری باطل فأن بعض افراد البیوض یسوى بعشره أفلس و بعضه باثنی عشر أفلس و بعضه بثمانیه أفلس، فلا یعلم أن ما فی بطنه من أی قسم من هذه الاقسام.

الکلام فی عدم جواز بیع المجهول مع الضمیمه و عدمه

اشاره

قوله: مسأله: لا فرق فی عدم جواز بیع المجهول بین ضم معلوم الیه و عدمه.

أقول: بعد ما فرغنا من عدم جواز بیع المجهول فهل یجوز

بیعه بضم معلوم إلیه أم لا- فمقتضی القاعده المقرره علی عدم جواز بیع المجهول هو عدم الجواز مع ضم معلوم إلیه أیضا لأن ضم المعلوم الیه لا- یخرجه عن الجهاله بل یکون الثمن الواقع فی مقابل المعلوم أیضا مجهولا فیبطل البیع لذلک و ککک المبیع فان المجموع من حیث المجموع مجهول إذ لیس المراد من ذلک کون کل جزء جزء من المبیع مجهولا فهذا لا شبهه فیه و علی هذا فلا یجوز بیع السمک فی الآجام و أن ضم الیه السمک المعلوم أو القصب و لا یجوز أیضا بیع اللبن فی الضرع و ان ضم الیه المعلوم فان المعلوم فی ذلک کله

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۲

یصیر مجهولا بالضمیمه و هذا علی المشهور بین المتأخرین و لکن ذهب المشهور من القدماء الی جواز بیع المجهول مع ضمه بالمعلوم عن الخلاف و الغنیه الإجماع علی ذلک و اختاره المحقق الأردبیلی من المتأخرین و صاحب الکفایه و المحدث العاملی و المحدث الکاشانی و استدل علیه بروایات «۱» منها مرسله البزنطی عن أبی عبد اللّه (ع) قال إذا کانت أجمه لیس فیها قصب أخرج شیئا من سمک فباع و ما فی الأجمه.

و منها روایه «۲» ابن عمار عن أبی عبد اللّه (ع) لا بأس بأن یشتری الآجام إذا کان فیها قصب، و المراد شراء ما فی الآجام و لو بقرینه الروایه السابقه و منها «۳» روایه أبی بصیر فان فیها تصید کفا من سمک تقول اشتری منک هذا السمک و ما فی الأجمه.

و منها موثقه «۴» سماعه قال سألته عن اللبن یشتری و هو فی الضرع قال لا الا أن یحلب لک منه أسکرجه فیقول اشتر

منی هذا اللبن الذی فی الاسکرجه و ما فی ضرعها بثمن مسمی، فان لم یکن فی الضرع شی ء کان ما فی الاسکرجه الی غیر ذلک من الروایات.

و منها «۵» ما عن إبراهیم الکرخی قال قلت لأبی عبد اللّه (ع) ما تقول فی رجل اشتری من رجل أصواف مائه نعجه و ما فی بطونها من حمله کذا

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۳ حد ۲.

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۴ حد ۵.

(۳) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۴ حد ۶.

(۴) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۵۹ باب ۸ حد ۲.

(۵) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۱.

و کذا درهما قال لا بأس ان لم یکن فی بطونها حمل کان رأس ماله فی الصوف، و منها «۱» ما دل علی جواز بیع ما تقبل من خراج الرجال و جزیه رئوسهم و خراج النخل و غیره إذا کان شی ء واحد منها معلوما و بالجمله فالروایات الوارده فی المقام علی ثلاث طوائف منها ثقات و حسان و منها ضعاف.

الاولی: ما دل علی جواز بیع السمک مع الآجام و الثانیه ما دل علی جواز بیع الحمل بضمیمه الصوف و الثالثه ما دل علی جواز بیع الجزیه و شرائها و نقلها من المتقبل بضمیمه الجزء المعلوم منها.

و قد أشکل المصنف علی الروایات و محصله یرجع الی وجوه، الأول أنه علی تقدیر العمل بالروایات فلا- بد من الاقتصار بمواردها فلا یجوز التعدی عنها لأنها روایات قد وردت علی خلاف القاعده فیقتصر علی مواردها المعلومه فلا یمکن أخذ ما یستفاد منها قاعده کلیه لتکون ساریه فی جمیع الموارد حتی یکون تخصیصا للقاعده المتقدمه من عدم جواز بیع المجهول فی جمیع الموارد

فى خصوص موارد الروايات.

الثانى: أن الروايات غير معمول بها حتى فى مواردها فان الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات، و كك أن مورد روايه الكرخى جواز بيع الحمل فى البطون مع ضميمه الأصواف، و من الواضح أن الأصواف فى نفسها مجهوله المقدار و كك أن ما فى الاسكرجه من الحليب أيضا مجهول المقدار فلم يعمل أحد بهذا و القائلون بالجواز يقولون فى ضمن المعلوم الى المجهول و لذا منع المشهور عن بيع أصواف

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۶۱.

الحيوان فى ظهورها و القائلون بالجواز استدلوا بروايه الكرخى.

الثالث: أن مورد بعض الروايات غير ما هو محل الكلام فان محل كلامنا هو بيع مجهول الأوصاف مع ضميمه المعلوم اليه و مورد روايه سماعه هو كون المبيع مجهول الحصول فإنه لا يعلم وجود اللبن فى الضرع و عدم وجوده حتى يضمّ عند البيع بما فى الاسكرجه.

و لكن الظاهر أن شيئا من الوجوه لا يكون وجها لطرد العمل بالروايات أما الوجه الأول فلأن الظاهر من الروايات هو التعليل الشامل للمورد و غيره فلا وجه للمناقشه بعدم التعدى من مورد الروايه الى غير موردها فان قوله (ع) فلو لم يكن فى البطون حمل لكان الثمن فى مقابل الأصواف و كك قوله فان لم يكن فى الضرع لبن لكان الثمن فى مقابل ما فى الاسكرجه يفيد التعليل يعنى أن المناط فى صحه البيع أن لا يذهب الثمن هدرا بل لا بد و أن يقع فى مقابله شى ء و هذا يعم الى جميع موارد بيع المجهول مع ضميمه المعلوم، و قد تقدم نظير ذلك فى بيع عبد الآبق

و قلنا بجواز التعليل من مورد الروايات لمكان هـذه العله التى ذكرت فى تلك الروايات الوارده فى بيع العبـد مع الضـميمه أيضـا كما تقدم.

و أمـا الإشـكال الثـانى أعنى عـدم كون بعض هـذه الروايـات غير معمول بها ففيه أن جهه السؤال فيها انما هو خصوص جهه بيع المجهول مع ضـميمه المعلوم و أمـا كون الضـميمه معلومه أو غير معلومه من المكيـل و الموزون أم لا ـ فخارجه عن جهه السؤال فلعل السائل كان عالما بها و الحاصل لا يجوز دخل ما ليس مورد السؤال فى الروايه بما هو مورد السؤال و رفع اليـد لأجل ذلك عن الروايات، على أنه يحمل أن يكون ما فى الاسـكرجه معلوما لاحتمال كونها من المكيال و كذلك لا نقبل كون السمك من الموزون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۵

دائمـا، بـل كثير مـا يبـاع بالعـدد كما تعارف ذلك فى أطراف الشط كثيرا نعم ربما يباع بالوزن و لكن أن الأصواف لعلّها كانت معلومه بالمشاهده بأن كان أو ان جزئها و بيعت مع المشاهده أو كانت مجزاه أصلا و بالجمله لا وجه لهذه المناقشه أيضا.

و أمـا الإشـكال الثـالث أعنى كون المبيع مجهول الحصول لا ـ مجهول الوصف ففى هنـا أيضـا أن جهه السؤال فرض كون المبيع موجـودا و ليس جهه السـؤال فرض كـون المـبيع مجهـول الحصـول على ان كون اللبن فى الضـرع ليس من مجهول الحصول بل كثيرا يطمئن الإنسان، بل قد يكون اللبن موجودا فى الضـرع كما هو واضح فالحق أنه لا مانع من العمل بالروايات و جواز التعدى عنها فان فيها صحاح و موثقات.

الكلام فى بيان أقسام التابع

اشاره

قوله: بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم.

أقول: بعد البناء من المصنف على عدم جواز بيع المجهول مع الضميمه

تكلّم فی معنی التابع فإن العلامه فصلّ فی بیع المجهول بین ما کان الانضمام مستقلا فحکم بعدم الجواز و بین ما کان تابعا فحکم بالجواز.

و توضیح المقام أن التابع قد یکون داخلا فی المبیع و یکون جزء منه و هذا کأسّ الجدران و الحیطان و أخشاب القبب و حدیدتها فإنها تابعه لبیع الدار و جزء منها و هذا لا شبهه فی جوازه أی یجوز بیع الدار مع کون هذه الأمور من التوابع مجهوله فان الغرض من کون المبیع معلوما کونه معلوما عند العرف بحیث یقال انّ هذا المبیع معلوم و ان کان بعض اجزائها

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۶

مجهوله بل لا یوجد مبیع فی العالم یکون معلوما من جمیع الجهات للمتبایعین فإنه لا یعرف حقائق الأشیاء و خصوصیاتها من جمیع الجهات الّا علّام الغیوب و من ارتضاه لغیبه فإن بیع الحصر مثلا مع کونه معلوما بالمشاهده و الزرع لا یعلم أنّه بأیّ مقدار من الخیوط اشتملت و هکذا و هکذا.

و هذا القسم من التّبع خارج عن محل الکلام لعدم کونه تبعا بل من الأجزاء و کلامنا فی التبع الذی یکون خارجا عن المبیع و إطلاق التبع علیه مسامحه واضحه و من هنا ظهر ما فی کلام العلامه فی التذکره من إطلاق التابع علی أسّ الحیطان.

الثانی: أن یکون التابع أمرا مستقلا وراء المبیع و هذا لا یدخل فی المبیع الّا بالاشتراط أو کونه جزء من المبیع من الأول بحیث یقع البیع علیهما معا و الّا فیکون خارجا عنه من غیر أن یرتبط به أصلا.

نعم قد یکون داخلا فی المبیع بحسب الارتکاز من غیر أن یکون أمرا آخر مستقلا بل یکون مغفولا عنه فی نظر

المتبايعين كما إذا باع دجاجا فباض بعد البيع فإنه يكون للمشترى بحسب الارتكاز أو اشترى أجمه فظهر فيها سمك أو سمكين أو اشترى حيوانا فظهر كونه حاملا ـ الى غير ذلك من الأمثله فإن الارتكاز فى جميع ذلك موجود على كون الأمر الخارج داخلا فى المبيع و من هذا القبيل الجل للفرس و لكنّه داخل فى صوره الاشتراط أيضا و على الجمله لا يدخل الأمر الخارجى المستقل فى المبيع الّا بالاشتراط أو بوقوع البيع عليه من الأول بحيث يكون المبيع أمرا مركبا.

و عليه فلا ـ وجه للتفصيل بين التابع العرفى و غير العرفى بأن يقال أن التابع قد يكون أمرا عرفيا فيكون داخلا فى المبيع فلا تضر الجهاله فيه و قد يكون أمرا غير عرفىّ فلا يدخل فى المبيع فإنه لا وجه لهذا التفصيل بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۷

التفصيل المتقدم من ان انضمام المعلوم بالمجهول أن كان من قبيل كون المجهول تابعا فيصح و الّا فلا يصح فإنه لا معنى لدخول شى ء خارجى عن المبيع المجزى عنه بنظر العرف و كونه من التوابع العرفيه بعد ما عرفت أنه لا ـ بدّ من دخول الأمر الخارجى أما من الاشتراط أو وقوع البيع عليه من الأول.

نعم يمكن أن يقال أن التابع قد يكون فى الأمور العرفيه أى فيما يعدّ فى نظر العرف من شؤونات المتبوع كما هو واضح، و لكنه لا يصلح تفصيلا فى المسأله.

و من هنا ظهر أنه لا وجه لما ذهب اليه شيخنا الأستاد و التظهره من الشهيد و المحقق الثانى و قواه من ان المراد من التابع هو ما يعد فى العرف تابعا كمفتاح الدار و حمل نعجه و البيض الذى فى جوف الدجاجه

و اللبن فى الضرع الدابه و نحو ذلك و أيضا ظهر مما ذكرنا من عدم دخول الأمر الخارجى فى المبيع الّا بالاشتراط أو جعله جزء من المبيع من الأول.

على أنه لا- وجه لما استظهره من المحقق القمى و صاحب الجواهر أن المراد من التابع هو التبعيه فى الجعل و التبانى بمعنى أن المبيع و لو كان فى الواقع هو المجهول و لكن للتخلّص عن الغرر يجعل تبعا للمعلوم كما فى مورد التخلص عن الربا فى البيع الخيارى فى كثير من المعاملات.

و ذلك لانه ليس الا كون الأمر الخارجى داخل فى المبيع بإيقاع البيع عليه و على شى ء آخر فلا يكون أيضا تفصيلا آخر فى المسأله.

نعم قد يكون المعلوم متقدما فى الذكر و المجهول متأخرا كقول البائع بعتك هذا الكيلو من الشكر مع هذا القند الموجود فى الكس و قد يكون بالعكس اى يكون المعلوم متأخرا و المجهول متقدما و لكن هذا المقدار لا يكون وجها فى التفصيل كما هو واضح.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۸

و أما ما ذكره العلامه فى التذكره من أن التابع ما أخذ شرطا فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه فقد اختاره أيضا شيخنا الأستاذ بدعوى أن المجهول لو كان تابعا للمبيع أو جعل شرطا لا تضرّ جهالته لان ما وقع فى عقد المعاوضه مبيعا ليس مجهولا و ما هو مجهول لم يقع عليه العقد و لا- يرد على هذا الوجه أن المبيع يكون ح مجهولا- لعدم كون التابع معلوما فلا يعلم أن ما يقع من الثمن فى مقابل المعلوم هو أى مقدار و وجه عدم الورود أن الشروط لا تقابل بشى ء من الثمن و انما هو فى مقابل

المبيع فقط و فائده الشروط انما هى تسلط المشروط له على الفسخ و هذا بخلاف ما كان المجهول هو جزء المبيع فإن الجهاله تسرى الى الجزء الأخر أيضا فيكون مجموع المبيع مجهولا.

الكلام فى معنى التابع

و حاصل الكلام من الأول أنه وقع الكلام فى جواز بيع المجهول مع ضميمه المعلوم اليه و عدمه و فصلّ العلامه بين ما كان المجهول تابعا فيجوز بيعه و بين ما إذا كان جزء مستقلا من المبيع فلا يجوز و لهذا وقع الكلام فى معنى التابع.

و قد يراد منه ما يكون جزء من المبيع حقيقه و لكن يكون مغفولا عنه و غير دخيل فى ماليه المبيع أصلا سواء كان ذلك الجزء بنفسه له ماليه أو لم يكن و من القسم الجيد أو من القسم الردى و هذا كأساس الدار فإنه دخيل فى ماليه المبيع فان الدار بدون الأساس لا قوام لها بل قد يصرف المال فى نفس الأساس ما يحاذى ما يصرف فى نفس الدار و لكنه مغفول عنه فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۵۹

بيع الدار و غير ملحوظ فيه أصلا و من هذا القبيل قطن الجبه المرسومه فى السابق حيث يضعونه فى الجبه للحراره و حفظ البروده فإن هذا القطن لم يلحظ فى بيع الجبه انه أى مقدار فالجهاله بمقداره لا تضرّ بالمبيع فان ما هو مورد للغرض منه هو وجود نفس القطن فيها بل ربما لا يكون الغرض متعلقا بوجود القطن، بل يكون الغرض قائما بوجود شى ء فيه ليحفظ الإنسان بضمامته عن البروده و ان كان من غير القطن و أما أنه أى مقدار فليس موردا للغرض، بل أنه أىّ شى ء أيضا قد لا يكون موردا للغرض كما هو

واضـح، و من هـذا القبيل القطن الموضوع فى صـدر الجبه أو الثوب الأخر ليمنعه الإرخاء فإنه قد يكون من الكرباس و قد يكون من غيره، و قد يكون زائدا و قد يكون ناقصا فشى ء منها لا يكون محطا للغرض و ان كان مقوّما للماليه.

و على هـذا لا تكون جهالتها موجبه لبطلان البيع فإنها لا تكون فى مقابل الثمن من شى ء أصـلا فكما لا تضـرّ جهالته بالبيع و لا تمنع عن صـحته و كـك هو خـارج عن مـا نحن فيه من أى أقسـام التابع فان المـذكورات و أمثالها من اجزاء المبيع لا من الأمور الخارجه عنه حتى يقال انها داخله بالتبع أم لا كما هو واضح.

الثـانى من أقسـام التـابع التـابع العرفى بـأن لا يكون الشـى ء جزء من المبيع بل من الأمور الخارجيه و لكن العرف يحكم بحسـب ارتكـازهم بكون ذلـك الأـمر الخـارجى من تبعـات المبيع بحيث لا يحتاج دخولها فى المبيع الى الـذكر أصـلا، و لا أن جهالتها توجب بطلان البيع فإنها أمور خارجه عن المبيع، بل غير ملحوظ فى نفسـها و مغفول عنها و انما الغرض تعلق بأصل المبيع و مثل هـذه الأمور مع كونها من الأمور الخارجيه لا تكون خارجه عن المبيع الّا باشتراط عـدمها و الّا فمجرّد عدم التعرض لها يكفى فى دخولها فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۰

المبيع كما لا يخفى.

و هـذه كـدخول المسامير فى الجـدران فى بيع الـدار و يمكن أن يكون الكهرباء و الماء فى هذا الزمان من هذا القبيل بان يكون مجرد السـكوت عنهمـا كافيـا فى دخولهـا فى المبيع فالجهـاله بأى شـى ء منها لا توجب بطلان المعامله و غرريّتها فإنها مع كونها خارجه عن المبيع غير دخيله

فى ماليه المبيع و مع كونها دخيله فيها غير ملحوظه بنفسها و انما دخولها بالارتكاز فيكون داخلا فى التفصيل بين ما يكون التابع داخلا بالاشتراط أو بالجزائيه الذى فصّل به العلامه (ره) فلا معنى للتفصيل بين أن يكون التابع أمرا عرفيا أو غير عرفى فإن العرف ليس له أن يحكم بكون الشى ء داخلا فى المبيع الّا بالارتكاز المتقدم و قد عرفت أنه من أقسام الشرط و فى الحقيقه أن هذا ليس تفصيلا فى كون التابع المجهول موجبا للغرر و عدمه و تخصيصا لنهى النبى (ص) فى بيع الغرر بل هو خارج عن الغرر تخصصا كما لا يخفى، فافهم.

و قد عرفت مفصّلا أن الشى ء لا يدخل فى المبيع الّا بالاشتراط، أو بالجزئيّه، فالعرف بما هو عرف ليس له أن يدخل شيئا فى المبيع الّا بالارتكاز المذكور الذى عرفت أنه من جمله الشروط.

و أما التفصيل بين التابع و غير التابع و القول بان المجهول ان كان تابعا للمبيع فيصحّ و الّا فيبطل فان رجع الى الاشتراط فله معنى معقول و لكن ليس وجها آخر و تفصيلا وراء التفصيل بين الاشتراط و الجزئيّه الذى ذكره العلامه و ان أراد المفصّل شيئا آخر فلا نعقل له معنى محصلا فإنه لا يدخل شى ء فى المبيع إلّا بأحد الوجهين من الاشتراط و الجزئيه و الّا فيكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و أما ما ذكره المحقق القمى و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۱

صاحب الجواهر من أن المجهول يكون تابعا فى مقام الجعل و التبانى فح لا يوجب غرريه المعامله و هذا بخلاف ما لو كان التبع فى عالم الجعل و التبانى و فى مقام الإنشاء هو المعلوم و كان

المبیع أی المتبوع هو المجهول فإنه ح تکون المعامله غرریه و باطله.

و فیه ان کـان المراد من ذلـک هـو التقـدیم و التـأخیر فی الـذکر فله وجه و لکنه لاـ یـوجب مجرد التقـدیم و التـأخیر فی الـذکر التفصیل بأن یکون أنه ان قال البائع بعتک هذه الدار المعلومه و ما فی الکیس الذی هو مجهول یصحّ البیع و لو انعکس بطل.

و ان کـان المراد من ذلـک هو الاـشتراط و الجزئیه بـأن یکون المراد منه أنه لو کـان المجهول داخلاـ فی المبیع بعنوان الاشتراط صـح البیع و ان کـان بعنوان الجزئیّه بطـل فله معنی معقول و لکنه لیس تفصـیلا آخر فی المسأله وراء مـا ذکره العلاـمه (ره) من التفصیل بین الجزئیه و الشرطیه.

و ان کان المراد من هذا التفصیل غیر ما ذکرناه فلا نعقل له معنی صحیحا لیرجع الی محصّل.

و أمـا مـا ذکره المصـنف من احتمـال أن یکون مرادهم التابع بحسب القصـد من المتبایعین و هو ما یکون المقصود من البیع غیر المجهول.

فان کان المراد من القصـد هو الغرض الشخصـی بأن کان غرض المشتری هو الشـی ء المعلوم و ان کان قیمه المجهول أضـعاف قیمه المعلوم، و لکن غرضه لم یتعلق الّا بالمعلوم فمن الواضح أن الأغراض الشخصـیه لا توجب رفع الغرر عن المعامله کما تقـدم فی البحث عن بیع الغرر فـان الغرر انمـا هو یتحقق فی المعاملات بحسب النوع و ان کان البیع فی اعتقاد المشتری غیر غرری مثلا لو اشتری صبره مجهوله من الحنطه و لم یکن مورد غرضه الا حقّه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۲

واحده فلا یوجب ذلک ارتفاع الغرر عن المعامله بحسب الغرض النوعی و هکذا لو اشتری أجمه و لم یکن

غرضه الّا القصب مع كونها مشتمله على الأسماك الكثيره فإنه لا شبهه فى كونه المعامله غرريه بحسب الغرض النوعى و ان كان غرض المشترى حاصلا و هكذا و هكذا.

و على الجمله فالاغراض الشخصيه غير دخيله فى رفع الغرر و ان كان أصل قوام الغرر و تحققه شخصيا أى قائما باحتمال الخطر الذى هو أمر شخصى.

و ان كان المراد من القصد و الغرض هو الغرض النوعى و عليه فان كان المقصود الذى جعل تابعا من القله بمكان لا يعتنيه العرف فى مقابل المقصود بحيث لا- يكون دخيلا فى زياده الماليه للمبيع أصلا فلا شبهه فى صحه البيع و هذا كما إذا اشترى آجاما و كان هو المقصود من البيع و كانت الأجمه مشتمله على السمكه أو سمكتين فان الجهل بهذا لا يضر بصحه البيع فلا يوجب كون المعامله غرريه فإن العاده قاضيه بأن الأجمه لا تخلو من سمك عاده و من هذا القبيل بيع الدجاج ثم باضت فان الجهل بوجود البيض فيه لا- يضرّ بصحه بيع الدجاج لعدم كون السمك فى المثال الأول و وجود البيض فى المثال الثانى غير مقصود و غير دخيل فى ماليه المبيع و ان كان كل من السمك و البيض يباعان مستقلا و يتساويان بالمال و لعل من هذا القبيل ما تقدم من التابع العرفى بل هذا النحو من غير مقصود داخل فى المبيع بالارتكاز كما تقدم فليس وراء الاشتراط شى ء آخر و ان كان غير المقصود كثيرا فى نفسه بحيث يكون بنفسه موردا للغرض و محطّا للمقصود بل قد يكون قيمه غير المقصود مساويا مع قيمه المقصود أو أكثر منها، ففى هذه الصوره و ان لم تكن المعامله غرريه بالنسبه

إلى المشترى لكون المقصود بمقدار يساوى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۳

القيمه المذكوره و الثمن الذى يعطى للبائع و انما يكون غير المقصود له مجانا و لكن المعامله غرريه بالنسبه إلى البائع فإنه عامل معامله لا يعلم أن ما خرج من كيسه أى مقدار و أن الثمن يساوى بأى مقدار من المثمن فتبطل للغرر كما هو واضح، فان هذه المعامله من أوضح أفراد المعامله الغرريه على انه لا يدخل فى المبيع إلّا بأحد الوجهين المتقدمين من الجزئيه أو الشرطيه و الّا فيكون أجنبيا عن العقد، بل يكون كوضع الحجر فى جنب الإنسان و ح فلا يكون تفصيلا آخر غير ما ذكره العلامه من التفصيل بين أن يكون التابع المجهول جزء فيبطل البيع و بين كونه شرطا فلا يبطل و أما الوجوه الأخر فليست قابله للتكلم عليها بوجه، و قد ذكر هذا الوجه العلامه (ره) أورد عليه المحقق الثانى بأن العباره لا أثر لها فعلى كل حال فالمعامله ان كانت غرريه فتبطل و الّا فلا تبطل.

و قوّى هذا الوجه شيخنا الأستاذ و فرّق بين الجزء و الشرط بان الثمن يقسّط على الجزء و لكن لا يقسّط على الشروط.

أقول: الظاهر انه لا يمكن تصديق هذا التفصيل على وجه الإطلاق فإن لازم ذلك أنه إذا قال بعتك هذا الكيلو من السكر بعشره دنانير بشرط أن يكون ما فى الكيس لك فلا يعلم أن ما فى الكيس درهم أو دينار أقل أو أكثر، فهذا من أوضح أفراد المعامله الغرريه فإن المعامله فى نظر العرف يلاحظ مع جميع شروطها و ان لم يكن للشروط قسط من الثمن، فلو عامل أحد هكذا بان باع داره التى تسوى بألف دينار بدينار

بشرط أن يكون ما فى الصندوق أيضا للبائع، فلا يعلم أن فيه أى مقدار من الفلس فلا يشك أحد فى كون مثل هذه المعامله غررّيه جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۴

و التحقيق ان يفصل فى المقام بأن مدرك الحكم ببطلان البيع الغررى ان هو دليل نفى الغرر، فلا شبهه فى كون مثل هذه المعامله غرريه كما عرفت و لكن عرفت المناقشه فيه من حيث السند و الدلاله و ان كان المدرك فى المقام هو الإجماع بأن يقال انه قام الإجماع على كون الجهاله مبطله للمعامله فمن الواضح أنه دليل لبى فيقتصر على المورد المتيقن و هو ما إذا كانت الجهاله فى المبيع لا فى الشروط الّا أن يكون لأحد قطع على شموله للشروط أيضا و نحن لا نقطع بذلك.

و توهم ان الشرط يوجب رفع الغرر مع الخيار تخلّف الشرط كما تقدم فاسد فان هذا الشرط النتيجه فلا خيار فيه فان قول البائع بعتك الشىء الفلانى بكذا بشرط ان يكون ما فى الكيس لك اشتراط كون ما فى الكيس له قليلا كان أو كثيرا و يتحقق ذلك بمجرد تحقق البيع فلا تخلّف فيه حتى يوجب ثبوت الخيار.

الكلام فى الاندار

اشاره

قوله: مسأله يجوز أن ينظر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزياده و النقيصه على المشهور.

أقول: بل ادعى عليه الإجماع و عن الفخر الدين التصريح بدعوى الإجماع و قد ذكرت أقوال فى تفصيل:- الأول: جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجاره و عدم العلم بزياده ما يندر.

الثانى: عطف النقيصه على الزياده فى اعتبار عدم العلم بها.

الثالث: اعتبار العاده مطلقا و لو علم الزياده أو النقيصه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۵

الرابع: التفصيل بين ما يحتمل

الزياده فيجوز مطلقا و ما علم الزياده فالجواز بشرط التراضی.

الخامس: عطف العلم بالنقيصه علی الزياده السادس: اناطه الحكم بالغرر.

و لكن النفی و الإثبات فيها لا يرد علی مورد واحد

تحقيق الكلام هنا فی جهتين:-

اشاره

الاولی: فی تحقق الاندار فی مقام الإعطاء و القبض و الإقباض بعد الفراغ عن صحه البيع.

و الثانيه: فی كون الاندار فی مقام البيع و مرحله إنشاء المعامله و تصحّ البيع بحيث يكون سالما عن الغرر.

أما الجهه الاولی [فی تحقق الاندار]

فلا شبهه فی صحه البيع و عدم كون المعامله غرريه فإنها تحققت صحيحه فالإندار فی مقام الإقباض لا يوجب قلب المعامله عن صحتها الی غيرها و ح يجوز الاندار مع التراضی فی مقام الإعطاء و لو بمقدار أكثر من الظرف فان المتاع مال للبائع فهو مسلّط علی ماله فله أن يبذل مقدار منه أو جميعه، فقول شيخنا الأستاذ أن الاندار يوجب جهاله المبيع و لو بعد تحقق البيع صحيحا لا يمكن المساعده عليه و ما ذكره كاشف الغطاء (ره) من كون الاندار موجبا للغرر فيكون البيع الذی وقع فيه الاندار باطلا فی غير هذه الصوره كما سيأتی و ان لم يتراضيا بالإندار فأيضا لا وجه لبطلان البيع، بل يحكم بصحته إذا كان المبيع مما تعارف الاندار فيه كما بيع الادهان و الدبس و النفت و الاثمار و الأرز و غيرها فان كثيرا من الأشياء قد جرت العاده بالإندار فيه بعد البيع فإن رضی المالك به فلا كلام فيه كما تقدم، و ان لم يرض به المالك فبالشرط الضمنی العقدی نجبره علی

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۶

الاندار فان جريان العاده بذلك فی حكم الاشتراط فی ضمن العقد صريحا فح يجوز الاندار فلا يضرّ بصحه المعامله أيضا.

و ان لم يرض البائع بالإندار و لم يكن المبيع من الأشياء التی تعارف فيه الاندار ليكون جوازه ثابتا بالشرط الضمنی فنأخذ القدر المتيقن و نجری البراءه من المقدار الزائد عنه و باستصحاب عدم

زياده عن المقدار المتيقن كما هو واضح و نظير ذلك ما إذا مات البائع و المشترى بعد المعامله و وقع النزاع فى مقدار العوضين فإنه ح يؤخذ القدر المتيقن و تمسك فى الباقى بأصاله عدم زياده المبيع عن المقدار المتيقن و براءه الذمه من القدر الزائد منه.

فتحصل أن هذه الصوره خارجه عن مورد النقض و الإبرام و عن محل الأقوال المذكوره كما هو واضح.

الجهه الثانيه: أن يكون الاندار حين البيع بحيث يقع البيع على المندر

بأن يقول بعتك هذا الدهن غير ظرفه مع كون الظرف و الدهن مجموعهما معلوما و لكن كل واحد منهما لم يكن معلوما و هكذا لو قال بعتك الشى ء الفلانى و هو مع ظرفه عشره حقق الظاهر أنه لا شبهه فى بطلان البيع فى هذه الصوره لكونه من أظهر أفراد الغرر إذ لا يعلم أنّ مقدار المبيع أى قدر وزنه فهل يحتمل أن الشى ء إذا كان مجهولا لا يجوز بيعه مستقلا و لكن يجوز بيعه مع ضمّه إلى شى ء آخر ليكون مقدار المجموع معلوما فهذا مثل اشترى الإنسان عشر كيلوات من الشكر و أخذ جمله منها و باع الباقى فإن معلوميه المجموع لا- يوجب صحّه بيع البقيّه المجهوله كما هو واضح، و لا يفرق فى ذلك بين كون المتبايعين راضيا بالإندار أم لا، فان رضاهما لا يوجب صحه البيع المنهى عنه شرعا فهو نظير رضاهما ببيع الخمر و الخنزير

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۶۷

و القمار فنهى الشارع عن معامله غير تابع برضى المتبايعين و ما ذكره الأصحاب و كاشف الغطاء (ره) من عدم كون رضى المتبايعين موجبا لرفع الغرر فمورده هذه الصوره و قد اتضح النفى و الإثبات فى كلمات كثير من الأصحاب لو لم يكن كلّهم لم يرد على

مورد واحد و من هنا اتضح أيضا مورد الروايات أيضا كما يتضح لمن يلاحظها و علم أن الروايات انما وردت على طبق القواعد لا على خلافها.

فتوهم أنها وارده فى نفس البيع فيصحّ مع التراضى على خلاف القاعده فاسده عن حنان فى الموثق «۱» قال: كنت جالسا عند ابى عبد اللّه (ع) فقال له معمّر الزيات قال لأبى عبد اللّه (ع) انا نشترى الزيت فى زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له ان كان يزيد و ينقص فلا بأس و ان كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه و قد استظهر المصنف منها كون المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشترى.

أقول: معنى الروايه و اللّه العالم ان السؤال انما وقع عن الاندار بعد تحقق البيع و الشّرى، فقال الامام (ع) انه ان كان ما يندر يحتمل الزياده و النقيصه فلا بأس به يعنى أنه يحتمل فهو موافق للعاده الجاريه عليه فى السوق و الخانات حيث يشترون الأمتعه من الاثمار و الألبان و يندرون لظروفها مقدارا يحتمل الزياده و النقيصه فحيث أنه موفق للعاده و للسيره الجاريه على ذلك قال الامام (ع) فلا بأس به أن يكون زائدا عن مقدار الظرف و يحتمل أن يكون ناقصا عنه أو زائدا و أما إذا تعين كون الاندار زائدا

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۷۳ حد ۴.

عن الظرف و لم يحتمل الزياده فهو حرام لانه تصرف فى مال الغير بدون اذنه، فلذا نهى عنه الامام (ع) فقال لا تقربه فهذه الروايه راجعه إلى بيان حكم الاندار بعد المعامله لا فى بيان

حـال الانـدار عنـد البيع و ضـمير لا تقربه يرجع الى الانـدار لا الى البيع كما هو واضـح فتـدل على عـدم الجواز فى صوره الزياده مطلقا رضى به البائع أم لا.

و دعوى ظهور الروايه فى صوره التراضـى من جهه أن المحـاسب أما البائع أو وكيله و على كل حال فهما راضـى بـذلك دعوى فاسـده فـإن العـاده جـاريه حتى الاـن على كون المحـاسب غير البـائع و وكيله كمـا نشاهـد فى السوق و الخانـات أن أهل الباديه يجلبون الاثمـار من الرقى و البرتقـال و الرمـان و غيرهـا أو الألبان و غيرها من الأمتعه و يقفون فى الخارج و ينظرون إلى أمتعتهم فيوزن شـخص واحـد و يحاسب شـخص آخر من صاحب الخان أو الدلال فيعطون قيمه أمتعته على حسب انصافهم أقل أو أكثر، ففى هـذا المقـام نهى الامام (ع) عن الانـدار بالزياده بحيث لا يحتمل النقيصه أو التساوى فقوله (ع) ان كان زائـدا فلا تقربه ليس معناه أنه إذا احتمل الزياده دون النقيصه مقابل احتمال الزياده و النقيصه فإنه خلاف الظاهر من الروايه نعم لو رضى البائع بالزياده كمـا هو المتعـارف فعلا فلا بأس به على القاعـده حيث يوزنون الاثمار فى الخانات من الرقى و غيره و بعـد تمام العيار يأخـذون الواحـد أو الاـثنين يعطونه للمشترى فـإنه لاـ بـأس به لجريـان العـاده عليه و رضـى البائع بـذلك و تـدل على الجواز مع التراضـى الروايتـان الأخيرتان فتكونان مقيـدتين لروايه معمّر الزيات فعلم مما ذكرناه انهما أيضا وردتا على طبق القاعـده فإن التصـرف فى مال الغير مع رضى منه جائز.

أحدهما روايه «۱» على بن أبى حمزه و الثانيه روايه «۲» قرب الاسناد

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۷۲ باب ۲۰ حد

.۱

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۷۳ حد ۳.

اللتان نقلهما المصنف.

ثم انه إذا انكشف الخلاف أما بالزياده أو بالنقيصه فيكون داخلا تحت المسأله المتقدمه و هى إذا باع صبره على انها عشره أرطال فبانت زائده أو ناقصه فقد تقدم ان مقتضى القاعده هو الانحلال فيصح فى الموجود و يبطل فى الناقص.

و مع الزياده يرد إلى البائع ان لم يرض بالبيع و الّا فيكون من المبيع على الحساب الذى بنوا عليه من كل رطل بكذا.

و قد عرفت أن الكلام فيه فى مقامين:- الأول: فى مقام تصحيح البيع لئلّا يكون بيع مجهول.

و الثانى: فى مقام التسليم.

أما الأول: فلو اخرج مقدارا بعنوان الاندار لتصحيح البيع ثم ظهر الخلاف فيكون من مصاديق ما تقدم من انه لو باع صبره ثم ظهر الخلاف بالزياده أو النقيصه فهل يثبت الخيار لكل من البائع و المشترى أم لا، و قد عرفت هناك أن ثبوت الخيار متوقف على كون إلهيه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد الماليه و الا فينحل البيع الى الاجزاء فيصح فى الموجود و يبطل فى المعدوم.

و اما الاندار فى مقام التسليم فلو أندروا للظرف مقدارا ثم ظهر الخلاف فلا خيار فى شى ء من الصور التى ذكرناها سابقا من التراضى أو الشرط الضمن العقدى أو الأخذ بالمتيقن و نفى الزائد بالأصل.

أما فى صوره التراضى فلو رضيا بإندار مقدار للظرف ثم ظهر الخلاف فبالمقدار المندر فلا شبهه فى صحه المعامله و لزومها و أن خارج عن المقام لفرض رضى المالك بذلك و يكون الزائد على مقدار الظرف أو الناقص عنه

هبه من مالك المثمن أو مالك الثمن و أما مع عدم التراضى

بالنسبه إلی الزائد منه أو الناقص فيرجع من له الحق إلی الأخر و مع عدم الزياده و النقيصه فلا فاما من ليس لأحدهما حق علی الأخر أصلا فله خيار و من له حق للآخر فيرجع الی حقه من دون خيار و هكذا الكلام فی الشرط الضمنی أيضا فإن العاده جاريه بإندار مقدار من المبيع للظرف فهو مما لا بد منه و مع الزياده من المقدار المتعارف أو النقيصه منه يرجع ذو الحق إلی الأخر و أما الزائد و الناقص فی نفس المقدار المتعارف فيرجع الی الهبه كما عرفت فی الصوره الاولی و أما فيما إذا أخذ المبيع القدر المتيقن ثم ظهر الخلاف فأيضا يرجع كل منهما الی غيره و لا يجوز لمن عنده الزائد أن لا يرده الی صاحبه، بل وجب عليه رده الی صاحبه فتحصّل أن فی شی ء من هذه الصور ليس لواحد من المشتری أو البائع خيار نعم لو منع البائع عن رد الناقص فثبت له حكمه بل اما يصح البيع بلا شی ء أو يصح مع رد الزائد أو الناقص من المقدار المندر.

الكلام فی بيع الظرف مع مظروفه

قوله: يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و ان لم يعلم الا بوزن المجموع

أقول: حاصل ما ذكره المصنف هو ان الظاهر انه لا خلاف بين أصحابنا أنه يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون و ان لم يعلم بوزن المجموع و قال ان الذی يقتضيه النظر أن يجوز بيعه فيما نحن فيه منفردا عن الظرف حتی مع الجهاله أيضا فهذا يجوز بيعه منضما أيضا فإن الانضمام ليس بمانع و لا رافع للشرط و أما لو لم يكف فی بيع أحد المنضمين معرفه وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصی

و مثل عليه بأنه لو باع سبيكه من ذهب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۱

مردّد بين مائه مثقال و ألف مع وصله من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحقه لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع بالنص و الإجماع، الدال على اعتبار الكيل فى المكيل و الوزن فى الموزون و بطلان بيع المجهول فيهما فالقطع بالجواز فان مفاد النص و الإجماع هو معرفه مقدار المبيع من حيث المجموع و أما معرفته بكل جزء جزء فلا دليل عليهما ثم قال و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفه وزن المجموع دون الأخر كما لو فرضنا بيع الفضه بالشمع عند الصياغه كالخلخال مثلا و عدم جواز بيع الشمع كك فان فرضنا الشمع تابعا يجوز البيع و لا تضر جهاله الشمع و الّا فلا.

و التحقيق أن يقال أن المبيع تاره يكون من الموزون ظرفا و مظروفا مع الجهل بمقدارهما و أخرى يكون المظروف من الموزون و الظرف من غيره فعلى الأول فلا يجوز البيع أصلا سواء كان غرريا أم لا لما عرفت سابقا من اعتبار الكيل فى المكيل و اعتبار الوزن فى الموزون. بل قلنا أن بيع الموزون بلا وزن باطل و ان لم يكن فيه غرر و مثلنا لذلك بأنه لو جعل مقدار من الحنطه فى أحد طرفى الميزان و مقدارا من الأرز فى الطرف الآخر فتبادلا مع كونها على قيمه واحده فإنه يبطل هذا البيع لا لكونه غرريا، بل لاعتبار الوزن فيه حتى مع عدم الغرر و أما إذا لم يكن الظرف من الموزون مع العلم

بمقـدار المظروف فهـذا على نحوين:- الأول: أن يبيع المظروف و الظرف مجموعـا على عشـره دنانير مثلا انه يقول البائع بعتك مجموع خمسه أرطال من الحنطه الموجوده فى هذا الظرف مع ظرفه على عشـره دنانير بحيث لا يعلم أن ما يقع فى مقابل الظرف أى مقدار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۲

من الثمن و ما وقع فى مقابل المثمن أىّ مقـدار منه فهـذا لا شـبهه فى صـحته فان المانع عن صـحه البيع هو الغرر و المفروض انه منفى و كـذا المانع الأخر و هو عـدم وزن المظروف مع كونه من الموزون و الظرف انه موزون أيضا غايه الأمر لا يعلم أن ما فى مقابل المظروف أىّ مقدار من الثمن و ما فى مقابل الظرف أىّ مقدار منه فهذا غير لازم بعد عدم الغرر كما لا يخفى.

الثـانى: أن يـبيع مجمـوع الظرف و المظروف بخمسه عشـره ليكون على الظرف خمسه و على المظروف عشـره على حسـاب كل رطل بـدينارين مع كون المظروف خمسه أرطال فإنه يكون ثمن كل واحـد من الظرف و المظروف معيّنا فهذا أيضا لا شـبهه فى صحته فان انضـمام الظرف بالمظروف هنا كانظمام شى ء أجنبى بالمبيع ككتاب الرسائل فلا يلزم منه محذور كما عرفته فى الشق الأول و تظهر الثمره بيـن الصـورتين أن فى الاولى مع ظهـور شـى ء من المظروف أو الظرف مسـتحقا للغير فلا بـدّ من إرجـاع المجموع من الظرف و المظروف الى العرف حتى يقوم المجموع ثم يقوم كل واحده منهما و الرجوع الى التفاوت بالنسبه و هذا بخلافه فى الصوره الثانيه فإن قيمه كل من الظرف و المظروف معينه فى نفسه.

ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ۵، ص: ۴۷۲

الثالث: أن يكون الظرف و المظروف من الموزون و كان مقدار كل منهما مجهولا مع كون المجموع معلوما كما إذا فرضنا أن الظرف سبيكه من الفضه و المظروف سبيكه من الذهب و نعلم أن منا مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من الفضه و نشك أن تسعه مائه مثقال أ هى من الفضه أم من الذهب مع العلم بكون المجموع ألفين مثقال فذهب بعضهم الى فساد البيع لكونه غرريا و بيع جزاف إذ لا يعلم أن تسعه مائه مثقال ذهب أم فضّه فأى خطر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۳

أعظم من ذلك.

و لكن الظاهر هو صحه البيع فى هذا القسم و بيان ذلك أن مورد كلامنا اعنى كون البيع غرريا انما هو فيما يكون الجهل بوجود المبيع و لا يدرى المتبايعان انه موجود أم لا أو فيما يكون الجهل بأوصاف المبيع التى دخيله فى الماليه و أما الجهل بالقيمه فغير مربوط بالغرر و انما هو من موارد خيار الغبن فلو باع مثقالا من الذهب بدينار أو اشتراه أحد بثلاثه دنانير فإنه يثبت لهما خيار الغبن بعد معرفه القيمه و لم يتوهم أحد هنا فساد المعامله لكونه غرريا و كذلك لو أقدم على الغبن مع العلم فإنه يحكم بالصحه أيضا و فى المقام أن مائه مثقال من الذهب و ألف مثقال من فضه معلوم و التسعه مائه مجهول أنه ذهب أو فضّه فلو باع كل مثقال من الذهب بدينارين و كل مثقال من الفضّه بدرهم و ان لم يعلم مقدار الذهب أو مقدار الفضه منفردا منفردا فلا وجه لبطلان البيع فإنه من مصاديق بيع الصبره و قد عرفت

صحه بیعها مجموعا بعنوان کل رطل بکذا فان انضمامها الی ما یعلم بمقدار المجموع لا یوجب البطلان و علی هذا فإذا باع مجموع ألفین مثقال کل مثقال بدرهم مع العلم بالغبن و الاقدام علیه فلا وجه لبطلان المعامله و بالجمله أن الغبن فی المعامله غیر الغرر فیها فلو أقدم المتعاملان علی الغبن أو انجبر الغبن بالخیار فلا وجه للحکم بالبطلان للغرر کما لا یخفی.

و علی الإجمال أن کل من الظرف و المظروف و ان کانا مو الموزونین و لم یعلم بمقدار کل منهما علی التفصیل و لکن ذلک مثل بیع الصبره کل رطل بکذا فیجوز للبائع ان یبیع ذلک المجموع المرکب بأن کل مثقال من الذهب بدینارین و کل مثقال من الفضه بدرهم و صحه البیع فی مثل ذلک لا یستلزم العلم بمقدار الصبره أصلا و کک یصحّ بیع مجموع الذهب و الفضه علی حساب کل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۴

مثقال بدرهم مع الاقدام علی الغبن فلا وجه للحکم بالبطلان للغرر فان مورد الغبن غیر موارد الغرر کما عرفت.

و علی کل حال فلو کان الظرف و المظروف کلیهما من الموزون و لم یعلم مقدار کل واحد منهما علی التعیین و لکن علم مقدار المجموع من حیث المجموع فیصح بیعه علی حساب کل رطل بکذا و کذا یصح بیع مجموعها بقیمه الذهب أو بقیمه الفضه مع الاقدام بالغبن فان الغبن غیر الغرر کما عرفت.

الکلام فی استحباب التفقه فی الدین

اشاره

قوله (ره): مسأله: المعروف بین لأصحاب تبعا لظاهر تعبیر الشیخ بلفظ ینبغی استحباب التفقه فی مسائل الحلال و الحرام المتعلقه بالتجارات لیعرف صحیح العقد من فاسده و یسلم من الربا.

أقول: قد وقع الإشکال فی هذا التعبیر أی بالاستحباب مع أن

تعلم الاحکام من الواجبات للایات و الروایات الکثیره منها آیه «۱» النفر و توضیح المسأله أنه قد یجب تعلم الأحکام الشرعیه صونا لها عن الاندراس و هذا لا تختص بأحد دون أحد بل هو جار فی حق کل أحد و یجب علیهم کفایه کما هو مقتضی التعبیر بمن فی قوله تعالی فَلَوْ لٰا نَفَرَ مِنْ کُلِّ فِرْقَهٍ مِنْهُمْ طٰائِفَهٌ إلخ، و هذا القسم من التعلیم کما لا یختص بشخص دون شخص، بل یجب علی کل شخص و لکن کفایه بحیث لو تعلم من به الکفایه لسقط عن الباقین کما عرفت من الآیه و کک لا تختص بحکم دون حکم، بل یجب تعلم جمیع

---

(۱) التوبه: آیه ۱۲۱.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۵

الاحکام لکی لا تندرس بل تبقی حسب طول الزمان حتی المسائل التی لا یبتلیها کمسائل الحیض و النفاس و الحدود و نحوها ثم أن التعلم فی هذا القسم لا- بد و أن یکون عن اجتهاد و استنباط فان بقائها انما کذلک فهذا قسم من وجوب التعلم علی الاجتهاد بعنوان الکفایه فلو ترکوه لعوقب الجمیع.

و قد یجب التعلم لأجل العمل بها فان ترکه موجب لتفویت الواقع و هذا انما یکون فی المسائل التی یبتلیها المکلف عاده و لا یجری فی غیرها فهذا انما یجب عینا لکل أحد و لا یلزم أن یکون ذلک بحسب الاجتهاد، بل یجوز ان یکون به و بالتقلید أیضا و کل من ترک التعلم فی تلک المسائل حتی وقع فی الحرام الواقعی یعاقب علیه فهل العقاب علی ترک الحکم الواقعی، أو علی نفس ترک التعلم نزاع بین الأردبیلی و المشهور حیث قال المشهور یکون العقاب لترک الواقع و ذهب المحقق

الأردبيلى إلى كونه لنفس ترک التعلم و تفصيل الكلام فى علم الأصول، و هذا أيضا قسم من تعلم الاحكام فلا يجب الا فيما يطمئن ان يبتلى به و أما فى غيره فلا.

و قد يجب هذا عقلا و نقلا أما النقل فالروايات الكثيره الداله على وجوب تعلم الاحكام مثل أن يقال للرجل يوم القيامه لماذا عملت فيقول ما علمت و يقال لماذا علمت و أما العقل فلدفع الضرر المحتمل ففى كل واقعه يجب أن يتعلم من حكمها معامله كانت أو غيرها لذلک و مع الترک و الوقوع فى الحرام الواقعى فيعاقب كما إذا ارتكب بالبيع الربوى و تزيد المعاملات على غيرها بعدم جواز التصرف فى شى ء من الثمن و المثمن لاحتمال فساد المعامله أما المثمن فلاستصحاب بقائه فى ملک مالكه مع ذلک الاحتمال فلا يجوز التصرف فيه الا مع العلم بالناقل و أما الثمن فلاحتمال انتقاله إلى البائع فلا يجرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۶

هنا استصحاب عدم انتقاله إلى البائع لعدم جريانه قبل الفحص و هذا بخلافه فى المثمن فإنه لا مانع من جريانه لكونه موافقا للاحتياط فيجرى قبل الفحص.

و على الاجمال لا يجوز ترک التعلم فى المسائل التى يطمئن بابتلائه بها لاحتمال الغرر الموجب لوجوب التعلم و لا يجوز التصرف فى الثمن و المثمن فى المعاملات لما ذكرناه.

و هنا قسم ثالث و هو أن يحتمل الإنسان أن يبتلى بمسائل فى طول عمره فهذا يستحب تعليمه لأدله الاحتياط كما إذا كان أحد يتجر بالقند و الشكر فإنه لا يبتلى عاده بمعامله الحيوان و مع ذلک يحتمل ابتلائه بذلک و هكذا مسائل الزكاه و نحوها فان التاجر فى هذا الزمان لا يبتلى عاده بالزكاه و

مع ذلک يحتمل ابتلائه بها فيستحب تعلمه و کذلک لا يحتمل الإنسان عاده ان يبتلى بالذهاب إلى الخارجه و مع ذلک يستحب أن يتعلم احکامه من حکم القبله و الطهاره و النجاسه و المعامله معهم لاحتمال ابتلائه به أو لتعليم الناس و هکذا و لکن لا يجب ذلک لأنه يطمئن بعدم الابتلاء کما لا يجب للرجل معرفه أحکام المرأه و لا يجب للمرئه معرفه أحکام الرجل من صلاته و صومه و لبسه و غيرها و إذا ابتلى احد بما کان مطمئنا بعدم ابتلائه و وقع فى الحرام الواقعى لا يعاقب على ترک التعلم فان اطمينانه بعدم الابتلاء حجه له عند اللّه و به يکون معذورا فى الوقوع على الحرام کما هو واضح فمراد الفقهاء من حکمهم باستحباب تعلّم مسائل الحلال، و الحرام، هو هذا القسم کما مثلنا، بمثل معرفه مسائل خيار الحيوان و مسائل الزکاه.

ثم انه ربما يتوهم التعارض بين ما دل على تعلم الاحکام و بين ما دل

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۷

على مطلوبيه الاکتساب فان ما دل على استحباب الاکتساب أعم من أهل العلم و غيره و جمع بينهما صاحب الحدائق بالالتزام بأن أهل العلم خارج عن تحت تلک الأخبار الداله على مطلوبيه الاکتساب و لکنه واضح الدفع لعدم تماميته ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه کثيرا لا ينافى الکسب لطلب العلم کما إذا عرف کسبا يصرف وقته فيه قليلا و لکن يربح کثيرا فان مثل هذا کيف يقال فى حقه انه ليس فى حقه طلب الکسب و أما ابتلاء فان الناظر فى تلک الأخبار الداله على مطلوبيه الاکتساب يرى أنها أعم فلا وجه لإخراج أهل العلم عن تحتها

لعـدم الـدليل عليه على أنه قـد لا يكون الكسب مزاحما لتحصـيل العلم كما إذا كان له خط جيّد فيكتب سـطرا و يبعه بدينار فان مثل ذلك لا يزاحم تحصـيله بل يسـتحق بذلك التفصـيلتين و فاض بأجر تحصـيل العلم و تحصـيل الكسب فأى شى ء أعظم من ذلك كما عرفت فلا وجه لرأى الحدائق ثبوتا و إثباتا فان الكاسب حبيب اللّه و ان كان طالبا للعلم.

و بعباره أخرى قـد دلّت الروايات الكثيره على اسـتحباب تحصـيل العلم و كون الأخبار الداله على اسـتحباب الكسب مختصا بغير أهل العلم و أيـد ذلك بجمله من الاخبار الـداله على حسن التوكل و أن أهل العلم لا بد و ان يتوكل على اللّه تعالى فى أموره و يطلب من اللّه تعالى رزقه و أيضا أيده بكلام الشـهيد فى المنيه و لكن الظاهر أنه لا دلاله فى شـى ء من المذكورات على مقصد الحـدائق كما افاده المصـنف فان حسن التوكل على اللّه لا يـدل على الاعراض عن الكسب و ليس معناه أن الإنسان يتوكل على اللّه و يقعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۸

فى بيته بـل معنـاه أنه يجب لكـل شـخص أن يتوكل على اللّه فى أموره بالخصوص أهل العلم فإنهم قواد الـذين بل كانت الأئمه متوكلون على اللّه و مع ذلـك كـانوا يشـتغلون بـالكسب و كـان الأـمير عليه السـلام أول من آمن باللّه و متوكلا عليه و مع ذلك موجر نفسه لليهودى و يشـتغل بـالزراعه و التجـاره و فى مجموعه الورام أن البـاقر (ع) كـان يرجع من البسـتان و كـان متكئا على الغلامين فاعترضه أحد الصواف مالك قد خرجت فى هذه الحراره لطلب الدنيا فقال عليه السلام ليس هذا طلبا للدنيا بل

من العباده.

و بالجمله لا إشعار فی شی ء مما دل علی لزوم التوکل و حسنه علی ترک الکسب و الاشتغال بطلب العلم و الّا لجاز الاستدلال بها علی القعود عن الکسب و الحرکه و التوکل علی اللّه فان اللّه و ان أمر بالتوکل و مع ذلک أبی أن یجری الأمور إلّا بأسبابها فلا بدّ من الحرکه نحو الحاجه و التوکل علی اللّه فی جمیع الأمور سواء کان فی طلب العلم أو فی طلب الکسب نعم هل العلم امتیاز خاص فی لزوم التوکل فإنهم یقودون الناس الی اللّه فلا بد و أن یکون إیکالهم الیه محضا.

علی أنک قد عرفت أن ما افاده صاحب الحدائق لیس بتمام ثبوتا و إثباتا أما ثبوتا فلانه قد لا یزاحم الکسب تحصیل العلم أصلا و مع ذلک کیف یلتزم بعدم شمول أدله استحباب الکسب فی حقه و قد عرفت مثاله، و أما إثباتا فلعدم الدلیل علیه بوجه کما لا یخفی.

الکلام فی تزاحم الکسب و طلب العلم

و التحقیق أن یقال أنه لا معارضه بین أدله استحباب طلب العلم و

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۷۹

بین أدله استحباب طلب الکسب، بل هما من قبیل المتزاحمین و بیان ذلک أنه قد یکون کل من طلب العلم و طلب الکسب مستحبا فی حقه کما إذا کان عارفا لمسائله و أحکام دینه بالمقدار المعتد به و بالمقدار الذی یبتلیه عاده و کان أیضا من الحافظین للدین عن الاندراس موجودا من المجتهدین و کان عنده أیضا من المال ما یکفیه بمئونته و مئونه عیاله الواجب النفقه فإن مثل هذا الشخص یستحب له تحصیل العلم فی المسائل التی یحتمل ابتلائه بها أو یتعلم لتعلیم الناس أو یتعلم لیدخل نفسه فی سلک المجتهدین الموجودین

بمقدار الكفايه ففى مثل ذلك يكون المقام من باب تزاحم المستحبين فيكون كسائر المستحبات فان فى كل آن يبتلى الإنسان بذلك كثيرا فالآن يستحب لنا زياده الأمير عليه السلام و قضاء حوائج المؤمنين و إتيان النوافل و هكذا مع أنا لا تقدر على جميعها فله أن يترك جميعها و هكذا المقام و ليس من مقام التعارض هنا شى ء و لكن ليس لمن كان كل من الكسبين مستحبا الوقوع فى الحرج من جهه عدم القدره على الامتثال حتى يتعين فى حقه أحدهما فإن هذا مختص بالحكمين الالزاميين و أما المستحبات فيجوز ترك جميعها أجمع أو إتيان أحدهما على حسب اختياره.

و لكن يقع الكلام هنا فى ترجيح أحدهما على الأخر فهذا يختلف فان كان ما يترتب على تحصيله من الفوائد من ترويج الدين و احياء شريعه سيّد المرسلين و إرشاد العوام و اهدائهم الى الدين أهم من الفوائد المترتبه على الكسب فيرجع طلب العلم على طلب الكسب كما إذا لم يترتب على كسبه إلّا إعانه فقير واحد أو توسعه عياله فقط أو زياره أحد الأئمه عليهم السلام.

و ان كان ما يترتب على كسبه أهم مما يترتب على طلب العلم، فالأمر بالعكس كما إذا كان المترتب عليه تعمير المدارس و المساجد و المشاهد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۰

و إتمامه الحوزه العلميه و تأمين معاش أهل العلم و قواد الدين و دفع الكرب عن فقراء الإسلام، و لكن لا يترتب على طلبه العلم الّا تعليم جاهل و أحد مسأله واحده بحيث لو لم يتعلمه ليتعلم من غيره و مع عدم وجود المرجح فى البين يتخير فى اختيار أيهما شاء بل له ذلك مع وجود المرجح لأحدهما أيضا

فإن الفرض أن كليهما مستحب كما لا يخفى غايه الأمر مع ترك الأهم و أخذ المهم لزم ترك الاولى.

و قد يكون أحدهما مستحبا و الأخر واجبا فح يجب أخذ الواجب لكونه معجزا عن المستحب كما إذا كان عارفا بمقدار ما يبتليه عاده من الاحكام و كان من حفاظ الـدين من فيه الكفايه و لكن كان عنده من الأشـخاص من يجب إنفاقه فح يتعين الكسب فى حقه و إذا كان الأمر على العكس فيجب تحصيل العلم دون التكسب كما إذا كان الأمر على العكس.

و قـد يكون كـل منهمـا واجبـا كفائيا فى حقه فله اختيار أيهما شاء مع عـدم المرجـح كالواجبتين التخيريه و ان كان فى أحـدهما ترجيـح، فيختار ذو الترجيـح و ان كان مع كونهما واجبا فى حقه كفايه قد قام بأحدهما شـخص فيكون الأخر فى حقه واجبا عينيا مع عدم قيام شخص آخر عليه.

و قـد يكونـان واجبين عينا فـح يكون المقام من تزاحم الواجبين عينين فان كان أحـدهما أهم فيختاره على الأخر و الا فيتخير فى ذلك كسائر الواجبات التخييريه.

و أما جواز صرف من يشـتغل بالتحصـيل من الوجوه الشرعيه مع تمكنهم من الكسب أما سهم الامام (ع) فيجوز صرفه مع مراعاه الجهـات الشـرعيه بحيث لاـ يعـد كلاـ للإمـام (ع) بـل تكون له خـدمه له (ع) و أمـا لو صـرف وقته فى المجـالس و مضـى عمره بالمماطله و المساهله، بل ربما يكون ضرره أشد من خدمته فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۱

يجوز له أن يصـرف من سـهم الامـام (ع) و أمـا إذا كـان له خـدمه للـدين و ان تمكن من تحصـيل الرزق بالتكسّب فيجوز له أن يصرف من سهم الامام (ع).

و الحاصل: أن المناط

فی صرف سهم الامام (ع) هو القطع برضی الامام (علیه السلام) و الا فلا یجوز له ذلک بوجه.

و أما سائر الوجوه البریه من النـذر و الوقف و الصدقات و غیرها مما وضـعت للجهات العامه فیجوز صـرفها لأهل العلم أیضا علی النحو الـذی قرره النـاذر و الواقف فلاـ یشترط فیهـا الفقر و لاـ ما یعتبر فی صـرف سـهم الامام (ع) من اشتراط، بل المناط هنا هو انطباق الجهات البریه علی الشخص.

و أمـا الزکاه و الخمس فلا یجوز لمن یکون قادرا علی الکسب أن یصـرف منهما أصـلا ما لم یکن التحصـیل فی حقه واجبا فان مصـرف الزکـاه هو الفقراء و مصـرف الخمس هو الفقراء من بنی هـاشم و فسـروا الفقیر بـأنه لا یقـدر علی تحصـیل قوته فعلا أو بالقوه و من یحسن الصناعه فلیس بفقیر و مجرّد کون تحصیل العلم مستحبا فی حقه لا یجوز له الأخذ منهما و الّا لجاز أن یشتغل بالاعمال المسـتحبه و یصـرف من الزکاه و الخمس بان یصلی النوافل دائما و یأکل من الزکاه أو من سهم سبیل اللّه فإنه موضوع للجهات التی کانت راجعه إلی الدین.

الکلام فی تلقی الرکبان و مرجوحیته

قوله: مسأله: لا خلاف فی مرجوحیه تلقی الرکبان.

أقول: الأـقوال فی المسـأله ثلاثه، قول بالحرمه و قول بالکراهه و قول بعـدم الحرمه و الکراهه أما الحرمه فاسـتدل علیها بالروایات الناهیه عن

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۲

التلقی الرکبـان و لکنهـا ضـعیفه السـند و دعوی الاطمئنـان بصـدور بعضـها لکثرتهـا و استفاضـتها دعوی جزائفیه فإنها لا توجب الاطمئنان بالصدور و مع تسلیم ذلک فلا یفید لغیر من حصل له الاطمئنان و الظن بالصدور لا یفید لعدم کونه حجه فلا یغنی من الحق شیئا، بل لو کان التلقی

الركبان حراما لظهر بين الفقهاء على رئوس الاشهاد و ليس كك.

و أما القول بالكراهه فهو مبنى على أمرين أحدهما تماميه أخبار من بلغ الداله على التسامح فى أدلّه السنن بدعوى أنها ظاهره فى ما بلغ عن رسول اللّه صلى اللّه عليه و آله و سلم ثواب على عمل فعمله أحد برجاء أنه صدر من رسول اللّه فيثاب على ذلك العمل و ان كان رسول اللّه (ص) لم يقله و لو أريد من تلك الأوامر الداله على التسامح فى أدله السنن الإرشاد إلى حكم العقل بحسن إتيان العمل رجاء و احتياطا لدرك الواقع فلا يدل على التسامح فى أدله السنن.

الأمر الثانى أن تكون شامله للكراهه أيضا فلو اقتصر على مواردها و هى ما كان فيه أمر ففى موارد الكراهه ليس أمر، بل نهى فلا تشمل المقام و مع تسليم المقدمتين يصحّ التمسك بتلك الاخبار فى المقام لإثبات كراهه التلقى و مع تسليم هاتين المقدمتين فلا وجه للإشكال هنا بأنه لو سلمنا شمول أدله التسامح للمكروهات و لكن التمسك بها فى المقام بدعوى أن ذلك انما يفيد فى مورد ورد خبر ضعيف يدلّ على الكراهه فإنه يلتزمها لذلك الخبر الضعيف و أما فى المقام فان تمت الأخبار المذكوره فتدل على الحرمه و الّا فلا حرمه و لا كراهه فإن وجودها كعدمها و كذلك الحال فى الاخبار الضعيفه الظاهره فى الوجوب فإنها لا تشمل ذلك و قد ناقش بذلك بعض الأعلام لإثبات الاستحباب أو الكراهه بالأخبار الضعيفه الداله على

الحرمه أو الوجوب.

و فيه أنه قلنا فى البحث عن أدله التسامح أنها تشمل لما دل على الحرمه و الوجوب إذا كان ضعيفا و

ذلـک فان ما دل على الوجوب يـدل على جواز العقاب على الترک و على ثبوت الثواب على الفعل فبضـعف الروايه الـداله على الوجوب يسقط العقاب على الترک لخروجه عن الحجيه و يبقى الثواب على حاله لأدله التسامح لصدق البلوغ هنا أيضا.

ثم ذكروا لحرمه التلقى أو كراهته شـروطا الأول أن لا يكون التلقى أربعه فراسخ و أزيد و الّا فيدخل ذلک تحت عنوان المسافره فإن الذهاب أربعه فراسخ و الإياب منها سـفر شـرعى فالمسافره للتجاره ليس فيها بأس بل مطلوب فى الشريعه و مندوب اليه و قد ذكر ذلک الشرط فى اخبار التلقى فهل الغايه أى رأس الأربعه داخله أو خارجه فذكر بعضهم أنها داخله و لكن الجمع بين صدر روايه النقيصه و ذيلها يـدل على خروج الحـد عن المحدود، كما ذكره المصـنف (ره) على أن الوصول إلى الغايه تحقق موضوع المسافره فيخرج بذلک عن عنوان التلقى و يدخل تحت عنوان السفر للتجاره كما لا يخفى.

الشـرط الثانى: انه يعتبر أن يكون الذهاب بعنوان التلقى فلو كان ذلک لغرض آخر فصادف فى الطريق ذلک فعامل معهم فيكون خارجـا عن مورد الاخبار لعـدم صـدق التلقى للتجاره و أيضا يعتبر أن يكون التلقى لأجل التجاره فلو تلقى لأجل اسـتقبال القادم فصـادف التجـار فى الطريق فـاشترى منهم متـاعهم فأيضـا يكون ذلـک خارجا عن مورد الاخبار لعـدم صـدق التلقى للتجاره نعم الظاهر من قوله (ع) فى روايه «۱» عروه و المسلمون

---

(۱) الكافى: ج ۵ ص ۱۶۸ باب التلقى حديث ۲.

يرزق اللّه بعضهم بعضا هو عموم الحكم لغير صوره قصد التلقى و قصد التجاره فكأن الغرض هو وصول مال التجاره إلى المدينه فان فى رؤيه

الناس ذلك حكمه عجيب فإنه يوجب امتلاء أعين الناس جدا.

و فيه أن هـذا ليس بعله للحكم بـل حكمه له و الا ـ فيجرى ذلك فيما إذا اشترى جميع مال التجاره شـخص واحـد حين الـدخول بالبلد على أن المتلقى أحد المسلمين فالغرض من ذلك هو بيان أنه لا يمنع أحد من توجه التجاره إلى المدينه فالمسلمون يرزق اللّه بعضهم من بعض فإنه إذا توجهت التجاره إلى البلد فيشترى نوع الناس منها على القيمه الرخيص.

ثم انه ذكر فى روايه عروه حكم آخر و هو قوله و لا بيع حاضـر لبادى و لكن الظاهر من ذلك هو أن لا يبيع الحاضر متاع الباد و لا يصـد بذلك، بل يخلى بينه و بين أهل البلد فإنه لو يصد بذلك أهل البلد لباع متاعه بقيمه عاليه فيكون نوع الناس فى مضـيقه بخلافه إذا تصدى شـخص البادى بذلك فإنه يبيع بقيمه الرخيص فيكون فى ذلك توسعه لنوع الناس مثلا إذا باع البادى للبقالين رخيصا فيبيع البقالين لأهل البلد كك فيكونون فى مضيقه.

و ليس المراد من قوله (ع) و لا يبيع الحاضـر لبادى أنه لا يبيع الحاضـر متاع شـخص لباد فإنه غير محتمل جـدا فإن البادى يحتاج إلى المأكل و المشـرب فكيف لا يسوغ لأهل البلـد أن لا يبيع لبادى، بل يجوز ذلك بلا شـبهه حتى فى الطريق ثم انه لا فرق فى ذلك بين البيع و غيره من الصـلح و نحوه فان الغرض من النهى عن التلقى سواء كان حراما أو مكروها هو ترك التلقى للتجاره و التجاره غير منحصره بالبيع ثم ان من قبيل تلقى الركبان كراهه أو حرمه استقبال الخدمه الزوار لأجل إعطائهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۵

المسكن،

بل لا بد و ان يخلوا سبيلهم فان المسلمين يرزق اللّه بعضهم من بعض كما لا يخفى كما لا فرق بين كون التلقى لاشتراء متاعهم كما تقدم أو للبيع منهم بان يكون غرض الركبان شراء المتاع فتلقاهم أحد الحاضرين فباع منهم ما يحتاجون اليه.

ثم ان فى بعض الروايات أن الركبان إذا باعوا من الحاضر فجائوا سوق فلهم الخيار.

أقول: ان كانت المعامله مشتمله الغبن، فيثبت لهم خيار الغبن من غير احتياج إلى الروايه و الّا فلا وجه للخيار فإنه لا معنى لثبوت الخيار بمجرد الدخول فى السوق على ان الظاهر بحسب الفهم العرفى هو صوره كون المعامله مشتمله على الغبن، فان ظاهر قوله (ع) إذا جائوا بالسوق فلهم الخيار، يعنى لو كانوا مغبونين لا مطلقا على أن الروايه ضعيفه السند، و اما النجش فقد تعرض له فى المكاسب المحرمه فلا وجه للإعاده (و معناه ان يزيد الرجل فى ثمن السلعه و هو لا يريد شرائها ليسمع غيره فيزيد بزياده).

الكلام فيما إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا

اشاره

قوله: مسأله: إذا دفع الإنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع اليه منهم و لم يحصل للمدفوع إليه، إلخ.

أقول: تاره يدفع المالك ماله لشخص و يكون المدفوع اليه مستقلا فى التصرف فيه كيف ما يشاء فلا يكون رأى الدافع ح متبعا بوجه و هذا كما إذا كان المدفوع اليه وكيلا للدافع بان يدفع اليه مالا ليصرفه فى محله و المدفوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۶

اليه مخير فى ذلک كيف ما يشاء و من هذا القبيل دفع الوجوه الشرعيه إلى المجتهدين ليصرفوها فى مواردها.

و أخرى يدفع الدافع الى المدفوع مالا و يعين موارده فهل يجوز له الأخذ منه مع انطباق ما عينه الدافع عليه

أم لا، كما إذا دفع اليه سهم الامام (ع) أو الخمس أو الزكاه أو غيرها من الوجوه الشرعيه و قال أعطها للصنف الفلانى و كان المدفوع اليه منهم هذا بناء على كون ولايه تلك الوجوه تحت يد المالك أو كان البائع هو الحاكم الشرعى بناء على ثبوت الولايه له عليها أو كان المدفوع من أموال الطلقه للدافع فهو على أقسام شتى:- الاولى: أن تقوم قرينه خارجيه على عدم رضى الدافع بأخذ المدفوع منه فإنه ح لا يجوز له الأخذ منه لانه تصرف فى مال غيره بدون اذنه فهو حرام و نظيره أن يعين له مقدارا خاصّا و قامت القرينه على عدم جواز أخذه أزيد من ذلك المقدار الخاص.

الثانى: أن يظهر الدافع قرينه حاليه أو مقاليه على جواز أخذ المدفوع اليه من المال المدفوع و هذا و كك الشق الأول مما لا اشكال فيه و انما الإشكال فى الصوره الثالثه و هو يدفع اليه مالا و يقول ادفعه فى أصناف معينه و كان المدفوع اليه منهم فهل يجوز له الأخذ منه بالمقدار الذى يدفع الى أفراد الأصناف أم لا.

و كك يقع الإشكال فى الشق الأخر فى الصوره الثانيه و انه إذا اعتقد الدافع بأن المدفوع اليه أو فرد أخر غيره من المحصلين المبتدين و قد عيّن لهم عشره مع أنه من العالين و قد عيّن لهم عشرين و كك إذا عيّن على أفراد منهم خمسين باعتقاد أنهم من المتوسطين أو العالين و قد كانوا من المبتدين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۷

اعتقاد الدافع و ان كان على خلاف الواقع أو يتبع الواقع و ان كان على خلاف اعتقاد الدافع و الظاهر أنه ان كلامه أعطى

هـذا للفقراء بعنوان القضـيه الحقيقه فح يتبع الواقع و الّا فيتبع اعتقاد الدافع و مراد المصـنف من الموضوعيه هو الأول، و مراده من الداعويه هو الثانى.

و بعبـاره أخرى أن كلامه بعنوان القضـيه الحقيقه فيكون الواقع متبعـا، و انمـا ذكره بعض المصـاديق على خلاف الواقع من باب الخطأ فى التطبق و ان كـان غرضه من كلامه هو المصـرف لما فى الخارج و بيان ما يعلم أنه من هـذا الصـنف فيتبع اعتقاده فإن الـداعى انمـا يتفرع على الاعتقـاد لا الواقع و كلامه معرف لمـا اعتقـد به و ان لم يكن هنا ظهورا فيـدخل فى القسم الثالث و اما القسم الثالث: و ككك الثانى مع عدم الظهور فى شى ء اختلفت هنا كلمات الفقهاء فذهب جمع من الأصحاب إلى حرمه الأخذ و لـذا قالوا: لو قالت امرأه بشـخص زوجنى من أحد فلا مجوز له ان يزوجها من نفسه، فان ظاهر الوكاله كونها التزويج لغيره و كذا لو وكله لاشتراء شـى ء فلا يجوز ان يبيعه مال نفسه و ذهب جمع آخر الى الجواز فيما إذا طلق من دون زياده على غيره و فصّل بعضـهم بأنه ان قال الـدافع ضع هـذا المال فى الفقراء مثلا و كان المـدفوع اليه منهم فيجوز له الأخذ منه بقدر ما يخصه و ان قال أعطه للفقراء فلا يجوز فإن الإعطاء ظاهر من كون المعطى له غير المعطى و لكن هذا التفصيل ليس تفصيلا فى المسأله بل تعيين لظهور كلام الدافع.

و هنـا تفصـيل آخر و هو انه إذا قال الـدافع أعطه للفقراء مع علمه بكون المـدفوع اليه من الفقراء لم يجز له الأخـذ بما يخصه من المال فإنه لو كان بناء الدافع الإعطاء له لخصه بالذكر

أیضا، و ان لم یعلم بفقره جاز له الأخذ

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۸

بما یخصه فان غرض الدافع وصول المال الی هذا الصنف فهو منهم و لکن هذا التفصیل أیضا لیس تفصیلا فی المسأله، بل هو بیان لمورد ظهور کلام الدافع فإذا فتنحصر الأقوال بالقولین الجواز مطلقا و المنع ککک.

و قد استدل علی عدم الجواز بما هو مقتضی الأصل الاولی هو عدم جواز التصرف فی مال أحد إلّا بإذنه فلا یجوز له التصرف فی ذلک و ککک الأمر لو وکلته امرأه فی تزویجها من أحد أو وکله أحد فی شراء شی ء له، فإنه لا یجوز له تزویجها من نفسه کما لا یجوز له بیع ماله من الموکل فإن الأصل عدم الجواز الّا فضوله فان ظهور الوکاله أن یکون التزویج و البیع و الشراء من غیر نفسه لظهور الوکاله فی المغایره.

و بالجمله ففی المقام مقتضی حرمه التصرف فی مال غیر هو عدم الجواز الّا مع الاذن فیه من صاحب المال و أیضا استدل علی عدم الجواز بقوله (علیه السلام) فی صحیحه ابن الحجاج المستنده فی التحریر الی الصادق (ع) و ان أضمرت فی غیره، فإنه لا یضر الإضمار من أحد بعد اطلاع غیره علی المنقول عنه و قد قلنا فی مبحث الاستصحاب فی الروایات التی استدلت بها علی حجیه الاستصحاب أن الروی الواحد سأل الإمام (ع) عن عده أحکام و قال فی مقام النقل عاطفا بعض الجمل علی البعض بقوله و سألته و سألته و حیث قطعوا الاخبار و قد حصل الإضمار من التقطیع فإذا اطلع أحد بأصل الروایه فینقلها بغیر إضمار کما اطلع بحر العلوم علی ذلک فی روایات الاستصحاب حیث نقل بعضها

عن الصادق (ع) و بعضـها عن الباقر (ع) و بعضـها عن أحـدهما (ع) و ككك فى المقام و قد اطلع العلامه على أن المنقول عنه هو الصادق (ع) فنقل الروايه عنه (ع).

و كيف كان قال سألته عن رجل أعطاه رجل رجلا مالا ليصرفه فى محاويج

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۸۹

أو فى مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه؟ هو قال: لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه.

و قـد اسـتدل المجوزون بكون العنوان شاملا- للأخـذ أيضـا فيجوز له الأخـذ و أمـا روايه ابن الحجـاج فقـد تعـارضت بالروايـات الأـخرى الـداله على الجـواز المـذكوره فى المتـن بعضـها من ابن الحجـاج و بعضـها من غيره و فيهـا صـحاح و حسـان فتكونـان متعارضتين و متكافئتين لعدم ترجيح إحداهما على الأخرى.

و توهم عدم التكافؤ من جهه أن المجوزه هى ثلاثه روايات فتكون مشـهوره فتتقدم على المانعه التى هى روايه واحده فهو توهم فاسد، فان المراد من الشهره الموجبه لترجيح احد المتعارضين على الأخر ليس هو كون أحدهما كثيره و لاخر قليله بل المراد من ذلك أى من الشـهره كون أحدهما مجمعا عليه بين الأصـحاب بحيث ينقلها رواه الحديث بخلاف الأخر بأن لم ينقلها الّا نادر، و من الواضـح أن الطائفتين فى المقام متساويه فى هـذا الجهه فى الاشـتهار و عـدمه فيتكافئان و على هذا فذكر المصـنف أن كون الطائفتين واردتين على وجه التعبـد بعيـد جـدا بأن يكون المراد من المانعه هو عـدم جواز أخـذ المدفوع من المال الذى دفع اليه حتى مع ظهور اللفظ فى الجواز و يكون المراد من المجوزه هو جواز ذلك حتى مع ظهور كلام الـدافع فى عدم جواز الأخذ فلا يمكن

حملها على التعبـد المحض و عليه فلا بد من حمل المانعه على صوره عدم الظهور لكلام الدافع فى الأخذ من المال بما يخصه و حمل المجوزه على صوره كون كلامه ظاهرا فى جواز الأخذ منه و مع عدم الظهور لشـى ء منها فيرجع الى مقتضـى الأصل و هو عدم جواز التصرف فى مال أحد إلّا بإذن مالكه فهذا حاصل كلام المصنف فى المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۰

و الحاصـل: أنه حمـل روايات المنع على صوره عـدم الظهور لكلام المعطى فى أخـذ المعطى له من المال و روايات الجواز على فرض الظهور لـذلك فيه و لكنه بعيـدا جـدا فإنه لا داعى للسؤال عن الجواز بعد ظهور كلام المعطى فى الجواز فان ما أعطاه انما هو ماله فجاز التصـرف فيه بإذنه فإذا أذن لغيره فى ذلك فلا مورد للسؤال كما أنه مع عدم الاذن لا يجوز التصـرف فيه فإنه حرام و بعد ظهور الكلام فى أحد الأمرين لا مورد للسؤال كما هو واضح.

الكلام فى الجمع بين الروايات المجوزه و المانعه

و قـد يجمع بين الطائفتين بحمل المانعه على الكراهه بقرينه ما دل على الجواز كما هو مقتضـى الجمع بين النهى و الترخيص فان قوله (ع) فى صـحيحه ابن الحجاج «۱»: (لا يأخـذ شـيئا حتى يأذن له صاحبه) ظاهر فى عدم الجواز و قوله (ع) نعم، فى روايه «۲» سعيـد بن يسار و قوله (ع) لا بأس أن يأخـذ لنفسه كما يعطى لغيره صـريح فى الجواز فمقتضـى الجمع العرفى نحمل المانعه على الكراهه.

و فيه أن ظاهر قوله (ع) لا يأخذ شـيئا منه الا بإذنه أنه ناظر الى عدم جواز التصـرف فى مال أحد إلّا باذنه و عليه فلا يمكن حملها على الكراهه كما منعه بعض

مشايخنا المحققين.

و قد يجمع بينهما بحمل المانعه على فرض تعيين المالك و مواضع مسماه

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۰۶ باب ۸۴ حديث ۳.

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۰۶ باب ۸۴ حديث ۱.

لصرف المال فإنه لا يجوز للمتصدى أن يأخذ لنفسه و حمل المجوّزه على فرض أن لا يعين المالك للمال مواضع خاصه فإنه يجوز له الأخذ لنفسه و استشهد عليه بصحيحه «۱» ابن الحجاج عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن يحل الصدقه قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ إذا أمره أن يضعه فى مواضع مسماه إلّا باذنه.

و فيه أن هذا الجمع أيضا بعيد عن ظاهر روايه المانعه أعنى صحيحه الأولى لابن الحجاج فإنها آبيه عن ذلك سؤالا و جوابا فان قوله (ع) فى جواب السائل عن رجل أعطاه مالا ليصرفه فى محاويج أو مساكين و هو يحتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه هو قال لا يأخذ شيئا حتى يأذن له صاحبه مطلق، و كك السؤال فيبعد حملهما على فرض تعيين المالك مواضع للمال المعطى.

و الصحيح أن يقال فى وجه الجمع هو حمل الروايات المانعه على فرض كون المال المعطى من متملكات شخص المعطى كما إذا ورد فى بلد فأراد أن يقسم مالا فى صنف من غير نظر الى كونهم فقراء أو أغنياء فأعطاه شخص أن يقسم بينهم فإنه لا يجوز للأخذ أن يأخذ منه لنفسه حتى مع اتصافه بما اتصف به المبذول لهم فإنه مال لشخص الباذل فلا يجوز التصرف فيه الّا باذنه.

و ربما يورد على ما ذكرناه من الجمع

بين الروايات بحمل المانعه على الأموال الشخصيه و حمل المجوّزه على الأموال النوعيه بأن مقتضى صحيحه ابن الحجاج «۲» فى رجل أعطاه مالا ليقسمه فى المساكين و له عيال محتاجون

---

(۱) وسائل: ج ۶ ص ۲۰۰ حديث ۳ من باب ۴.

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۲۰۶ حديث ۲.

أ يعطهم منه من غير أن يستأذن (يستأمر خ ل) صاحبه، قال: نعم، هو جواز أخذ المعطى له لنفسه سواء كان من مال نفسه أو من الأموال النوعيه و بهذا الاسناد ما يدل على عدم الجواز إلّا بالإذن عن صاحبه فيقع بينهما المعارضه فتسقطان لذلك فيرجع الى العمومات الداله على عدم الجواز فإنه يقال أن مقتضى روايه «۱» أخرى لابن الحجاج المذكور فى باب الزكاه هو الجواز فى الصدقه فإنه قال سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يعطى الدراهم ليقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقه، قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى لغيره، إلخ، فبهذا نقيد الصحيحه الثانيه الداله على عدم الجواز مطلقا فتكون الصحيحه الثانيه أخص من الصحيحه الأولى، كان بمقتضى انقلاب النسبه فنخصّص بها الصحيحه الأولى فتكون النتيجه أن فى الأموال الشخصيه لا- يجوز إلّا بإذن المالك و فى الأموال النوعيه يجوز و حمل الروايات المجوّزه على الأموال النوعيه كالوجوه الشرعيه المنطبقه على الآخذ و غيره كالزكاه و الخمس و الصدقات و ردّ المظالم كما إذا أعطاها أحد لعالم أن يصرفه فى محله فإنه جاز له الأخذ منه بمقدار حاجته و ان لم يكن لكلام المعطى ظهور فى أخذه لنفسه إذا قال المعطى أعطه لصنف فلان ظهوره فى الإعطاء للغير و نفس الآخذ منصرف

عن ذلک، و علی هذا فیجوز للأخذ أن یأخذ لنفسه بمقدار احتیاجه خصوصا إذا کان ممن یجوز تصرفه فیه کالعلماء و المجتهدین فإن ولایه الوجوه الشرعیه لهم فی حال الغیبه.

و یدل علی ذلک أن المذکور فی روایات الجواز هو الزکاه و الصدقات

---

(۱) وسائل: ج ۶ ص ۲۰۰ حدیث ۳.

و أما المذکور فی روایه المنع هو المال الشخصی بقرینه قوله (ع) (لا یأخذ شیئا حتی یأذن له صاحبه) حیث فرض صاحبا للمال المبذول و اعتبر اذنه فی دفع المال المبذول لغیر من عینهم فتکون کلتا الطائفتین من الروایات وارده علی طبق القاعده فإن مقتضی القاعده فی الأموال الشخصیه عدم جواز التصرف إلّا بإذن صاحبه و مقتضی القاعده فی الأموال النوعیه هو جواز بذله لمن انطبق علیه سواء اذن المعطی لذلک أم لا و علی هذا فیبقی فی المقام شی ء و هو أنه علی هذا فلا وجه لسؤال السائل فنقول أن الوجه فی ذلک هو احتمال أن یجوز للمتصدی بذلک أن یأخذ منه مع الاحتیاج حیث ان صاحب المال قال اصرفه فی محاویج و مساکین فاحتمل الآخذ جواز أخذه منه لأنه أیضا محتاج فأجاب الإمام (ع) أنه لا یجوز إلّا بإذن صاحبه.

و فیما کان المال نوعیا کالزکاه و غیرها احتمل السائل عدم جواز أخذه حیث یحتمل أن یکون اذن المعطی دخیلا فی جواز التصرف فیه أیضا کأموال شخصه فأجاب الإمام (ع) بأنه لا بأس بذلک مع الاحتیاج، فیجوز المتصدی أن یأخذ منه لنفسه بمقدارها ببذله لغیره فافهم.

الکلام فی احتکار الطعام

اشاره

قوله: مسأله: احتکار الطعام و هو کما فی الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه یتربّص به الغلاء لا خلاف فی مرجوحیته.

أقول:

یقع الکلام فی جهات:

الاولی: فی حکم الاحتکار

الظاهر أنه لا خلاف فی مرجوحیّته فی الجمله أعم من الحرمه و الکراهه، و لکن اختلفت کلماتهم فی ذلک فذهب المشهور إلی الحرمه مع عدم وجود الباذل و ذهب جمع آخر إلی الکراهه مطلقا لکون الناس مسلطین علی أموالهم، فلا وجه

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۴

لحرمته إلّا إذا عرض علیه عنوان آخر یقتضی حرمته کما إذا حکم الحاکم فی المخمصه بالبیع فإنه یحرم الاحتکار ح لحکم الحاکم، و الّا فلا وجه لحرمته لنفس الاحتکار.

و الظاهر ان الاحتکار حرام مع عدم وجود باذل فی البلد و أما مع وجوده فیجوز الاحتکار لکون الناس مسلطین علی أموالهم و هذا القول قد اختاره المصنف.

و قد استدل المصنف علی ذلک بروایات منها صحیحه «۱» سالم الحناط فإنها ظاهره فی الحرمه مع عدم وجود الباذل حیث استفصل الامام (ع) فی ذلک و قال الحناط ما أبیع أنا من ألف جزء جزء یعنی أن الحنطه الموجوده عندی کجزء واحد من ألف جزء من الحنطه الموجوده فی البلد احتکاره، فإنه لا یوجب ظهور الغلاء فی البلد نظیر أن نشتری وزنه من الأرز فتحتکره فإنه لا یوجب ظهور الغلاء أصلا و قال الامام (ع) فلا بأس ثم قال أن المحتکر هو حکیم بن حذام حیث کان یحتکر الطعام المجلوب إلی المدینه فمر به رسول اللّه صلّی اللّه علیه و آله و سلم قال یا حکیم إیاک أن تحتکر، فان کلمه أیّا تحذیر فتفید الحرمه.

و منها «۲» صحیحه الحلبی عن ابی عبد اللّه علیه السلام أنه سئل عن الحکره، فقال إنما الحکره أن یشتری طعاما و لیس فی المصر طعام غیره فتحتکره فان کان فی المصر طعاما غیره

فلا بأس أن يلتمس سلعتک الفضل فان مفهوم ذيل الروايه هو حرمه الاحتكار مع عدم وجود طعام فى البلد،

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۳۱۶ باب ۲۸ حديث ۳.

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۳۱۵ باب ۲۸ حديث ۱۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۵

غيره بحيث يظهر فى البلد لأجل احتكاره غلاء واضح.

و منها «۱» ما عن أمير المؤمنين عليه السلام فى ما كتبه الى مالک الأشتر على ما فى نهج البلاغه و كان فيما كتبه فامنع من الاحتكار فان رسول اللّه (ص) منع منه الى أن قال فمن قارف حكره بعد نهيك إيّاه فنكل و عاقب فى غير إسراف فإنه لو كان الاحتكار مكروها لما جاز أن يأمر الإمام (ع) الأشتر بان يعاقب المحتكر.

و منها صحيحه «۲» أخرى للحلبى حيث سأل عن صلاحيه الاحتكار، فأجاب الإمام عليه السلام بأنه يكره و الكراهه فى كلمات الامام عليه السلام أعم من الحرمه و الكراهه المصطلحه و ليس لها ظهور فى الثانى، و قد ورد فى روايات الربا أن عليا عليه السلام كان يكره الربا فلا تكون هذه الروايه موجبه لصرف الروايات الأخرى الظاهر فى الحرمه.

و منها ما فى مجالس المفيد عن أبى مريم الأنصارى «۳» عن ابى جعفر عليه السلام قال: قال رسول اللّه (ص) أيما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعين صباحا يريد به الغلاء للمسلمين ثم باعه و تصدق بثمنه لم يكن كفاره لما صنع، و فى هذه الروايه مناقشه من حيث السند و الدلاله، أما المناقشه فى الدلاله فلأنه لو كان احتياج الى الطعام كان احتكاره حراما حتى فى ثلاثه أيام و ان لم يكن احتياج اليه لم يكن حراما حتى فى ستين يوما، فلا موضوعيه

للأربعين.

---

(١) وسائل: ج ١٢ ص ٣١۵ حديث ١٣.

(٢) وسائل: ج ١٢ ص ٣١٣ حديث ٢.

(٣) وسائل: ج ١٢ ص ٣١۴ حديث ۶.

و الظاهر أن الروايه راجعه إلى بيان جهه اخلاقيه تعبدا حيث أن الظاهر منها أن المحتكر انما حبس الطعام بنيه السوء فهى الغلاء من غير أن يكون نظره الاسترباح و قد حكم الامام (ع) تعبدا أن من كان على هذه النيه و لم يرجع الى أربعين يوما فتصدق مجموع الطعام لا يكون ذلك كفاره لما فعل فتكون الروايه خارجه عن المقام أصلا و ناظره إلى قباحه نيه السوء و أما من حيث السند فقال المصنف فى كتاب الصلاه و فى هنا ان اشتمال سند الروايه ببنى فضال لا يوجب الوهن فيها، فان الظاهر إنما أخذت من كتبهم، و قد قال العسكرى عليه السلام عند السؤال عنها خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ثم ازداد فى المقام على ما فى الصلاه ان كلام العسكرى عليه السلام دليل على اعتبار جميع ما فى كتب بنى فضّال فيستغن بذلك من ملاحظه من قبلهم فى السند فان كلامه عليه السلام أولى بعدم ملاحظه ما قبلهم فى السند من كلام الكشى من ادعاء الإجماع على تصحيح ما يصح عن جماعه.

و فيه أما الكلام فى اعتبار الإجماع المدعى تصحيح ما يصح عن جماعه فهو مخدوش فى نفسه فإنه نرى أنهم ينقلون فى رواياتهم المسنده عن الضعفاء فنعلم بذلك أنهم ينقلون عنهم أيضا مراسليهم فلا يكون مراسليهم بأجمعها حجه لكون كل مرسله داخله فى أطراف الشبهه.

على أن هذا الإجماع ليس حجه فى نفسه لعدم كونه إجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فغايه الأمر فمفاده

أن جماعه من الرواه قد ثبت نقلهم عن الثقات فلا- يلاحظ ما قبلهم من السند فى مرسليهم و مسنداتهم و قد عرفت اشتمال مسنداتهم على ضعف فى السند و أما ما ذكره فى حق كتب بنى فضال فكلام الامام (ع) ناظر الى أن انقلاب عقيدتهم لا يوجب الوهن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۷

فى روايتهم و أن فساد عقيدتهم لا تضرّ باعتبار روايتهم بل ما نقلوا من الروايات فهو باقى على الحاله الأوليه فلا يناقش فيها من جهه فساد عقيدتهم و أما أن جميع كتبهم معتبره و لو كان بعضها مشتملا على ضعف السند من غير ناحيه بنى فضال بان نقلوا عن الضعفاء فلا يظهر من الروايه، فإن هذا الاحتمال لم يكن فى حقهم قبل فساد عقيدتهم، بل كان قبل ذلك يلاحظ أسانيد ما نقوله من الأحاديث ان كان صحيحا أخذ به و الّا فلا، فهلا أتى فساد عقيدتهم مقاما لهم بحيث صار جميع ما فى كتبهم معتبرا حتى لا- ينظر الى ما قبلهم من السند الذى كان ينظر اليه قبل فساد عقيدتهم فما افاده المصنف هنا لا يمكن المساعده عليه و كيف كان فلا شبهه فى حرمه الاحتكار فكان الشارع أراد كون الأرزاق بين الناس و ليس لأحد حق منعها عنهم و دليل سلطنتهم قاصره عن ذلك بحكم الشارع كما ذكرنا فى بحث الأراضى أنه ليس لأحد منع الأراضى زائدا عن المقدار المتعارف فان الشارع يريد ان تكون الأراضى معموره لا خربه فكذلك الحال هنا.

ثم انه بعد الفراغ عن حرمه الاحتكار يقع الكلام فى جهات الاولى: فى موارد الحكره فى أنها فى أىّ شى ء تتحقق و الذى يستفاد من المطلقات المتقدمه أن موضوع

الاحتكار هو الطعام فكل ما يصـدق عليه الطعام عرفا بحيث كان فى عرف البلـد قوام الناس و حياتهم نوعا بهذا الطعام فمنعه عن الناس احتكار و هذا يختلف باختلاف البلدان و العادات فمثل قشر اللوز طعام فى بعض البلدان، و من الحطب فى بعضها الأخر و مثل الشعير ليس بطعام فى بلاد الهند حتى قيل لا يوجد فيها شعير الّا بمقدار الدواء و نحوه، و لكنه طعام فى بلاد العراق و الايران و الأزر طعام فى نوع البلاد خصوصا الرشت و مازندران و هكذا الزبيب و التمر و ليس بطعام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۸

فى بعضـها الأخر، بل مثل الزبيب فى العراق و التمر فى بعض نقاط الايران يعد من الفواكه و على الإجمال أن هذا شى ء يختلف بحسب اختلاـف الأـمكنه و الأـزمنه و العادات فكلما يصـدق عليه الطعام فاحتكاره مع عـدم وجود فى السوق حرام و الّا فلا وجه للحرمه كما إذا احتكر احـد الزبيب فى النجف أو التمر فى بعض نقاط الايران فلا يقال انه فعل حراما، نعم قد يكون حراما لأجل طروّ عنوان آخر عليه كمـا إذا احتـاج أحـد الى مـا احتكره أخر للـدواء و نحوه بحيث إذا لم يبعه منه لمات فإنه يحرم الاحتكار و المنع عن البيع و الإعطاء هنا و لكن لا لحرمه الاحتكار بنفسه، بل لأجل طروّ عنوان محرم عليه بمقتضى العنوان الثانوى.

و أما الروايات الحاصـره للاحتكار بأمور خاصه فهى مختلفه و فى بعضها حصره فى أربع الحنطه و الشعير و الزبيب و التمر، و عن الفقيه زياده الزيت و فى روايه قرب الاسناد بإضافه السمن أيضا، و فى روايه السكونى بإضافه السمن و الزيت و

لكن كلها متفقه فى نفى الاحتكار بمفهومها فى غير الأمور المذكوره فيها و لكن الذى يسهل الخطب أن كلها ضعيفه السند فلا يمكن رفع اليد بها عن المطلقات الثابت حجيتها و الا لزم رفع اليد عن الحجه بغير الحجه الشرعيه.

فالمناط فى حرمه الاحتكار هو صدق احتكار الطعام على ما أخذه المحتكر و حبسه فلا يبعد شمولها مثل الزيت و السمن و الملح فان المراد من الطعام ما يطعم به الإنسان و تقوم به حياه البشر، و من الواضح أن هذا ليس مجرّد الحنطه و الشعير و الأرز فإنها ليس بنفسها ما يطعم به فى الخارج، بل انما قوام طعاميته بالمقارنات من السمن و الزيت و اللحم و الملح و المقدمات من النار و نحوها، و على هذا فلا يبعد أن يكون منع النفت عن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۴۹۹

الناس و احتكاره عنهم حراما فان قوام اطعمه النوع بذلك و يدل على ذلك ذكر الصنف فى بعض الروايات «۱» و كذلك السمن و ان كانت الروايه ضعيفه فإن من الواضح ان الزيت و السمن ليسا من الطعام بل انما هما من مقومات الطعام كما لا يخفى، و يدل على ذلك أيضا قوله (ع) فى صحيحه «۲» الحلبى فإنه يكره أن يحتكر و يترك الناس و ليس لهم طعام فان ترك الناس بغير طعام ليس لمنع الحنطه و الشعير فقط، بل بمنع كلّما يكون دخيلا فى تحقق الطعام من المقدمات و المقارنات فإن العله و المنع واقعا فى حرمه الاحتكار ترك الناس بغير طعام كما لا يخفى.

و بالجمله فكل ما يكون دخيلا فى قوام طعام البشر بحسب عاده نوع الناس بحيث يلزم من منعه ضيق

النوع فی الحرج و المشقه و الضرر و العسره فیکون احتکاره حراما و قد قلنا لیس لأحد السلطنه علی حبس طعام الناس و احتکاره و ان کان مالا لنفسه کما قلنا لیس لأحد حبس الأراضی و منعها عن العماره کما تقدم فی محله.

الجهه الثانیه: أنه ذکر فی روایه السکونی إن الحکره فی الرخصه أربعین یوما و فی الغلاء و الشده ثلاثه أیام

و الظاهر أنه لا- یمکن تصدیقه فإنه ان کان للناس احتیاج الی ذلک بحیث کان فیهم غلاء و مخمصه فلا یجوز الحبس ساعه واحده و الّا فیجوز الحبس سته أشهر، بل سنه بل أکثر علی ان الروایه ضعیفه، و نعم ما صنع الشهید حیث حمل الروایه علی فرض أن یکون الشده و الاحتیاج الی ما حبسه المحتکر فی الغلاء بثلاثه أیام و فی الرخصه

---

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۳۱۴ حدیث ۷.

(۲) وسائل: ج ۱۲ ص ۳۱۵ باب ۲۸ حدیث ۱.

مصباح الفقاهه (المکاسب)، ج ۵، ص: ۵۰۰

بأربعین یوما و ان کان الحمل بعیدا و لکنه أولی من الطرح.

الجهه الثالثه: هل یختص مورد الاحتکار بشراء الطعام فقط أو یتحقق بکل ما یقع فی یده

و لو کانت الغله حاصله من الزرع أو الإرث أو الهبه، الظاهر هو الثانی فإن المناط فی حرمه الاحتکار هو جمع الغله، و ترک الناس بغیر طعام و لا یفرق فی ذلک بین الشراء و غیره.

ثم الظاهر أنّ الاحتکار اما حرام أو مباح بناء علی حرمته مع عدم الباذل و أما بناء علی کراهته فاما مکروه أو مباح فی نفسه فلا یتصف بالأحکام الخمسه کما ذکره المصنف نعم یمکن ان یتصف بالأحکام الخمسه بلحاظ العناوین الثانویه.

الجهه الرابعه: أن الاحتکار حرام إذا کان یترک الناس بغیر طعام مع احتیاجهم الیه

و أما لو کان غرضه جمع الطعام و بیعه فی وقت نزول العسکر أو الزوار لئلا یقعوا فی مضیقه فلا یکون الاحتکار حراما و باعتبار هذه العناوین الطاریه یکون الاحتکار متصفا بالأحکام الخمسه و لکن الاحتکار فی نفسه، اما حرام أو مباح، کما لا یخفی.

الخامس: الظاهر أنه لا إشکال فی جواز إجبار المحتکر علی البیع

حتی بناء علی کراهه الاحتکار و لکن لیس للحاکم إلّا الإجبار علی البیع فقط، و اما التسعیر فلیس له ذلک، بل للمالک أن یعین ذلک لان الناس مسلطون علی أموالهم و قد ورد فی بعض الأحادیث «۱» أنه سئل النبی (ص) عن الشعیر فقال (ص) انه فی ید اللّه، نعم لو أجحف فی القیمه بحیث کان ازدیادتها نحوا من الاحتکار یمنع الحاکم عن ذلک بحیث یبیع المالک بقیمه

(۱) وسائل: ج ۱۲ ص ۳۱۷ باب ۳۰ حديث ۱.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ۵، ص: ۵۰۱

السوق، أو أكثر منه، بمقدار لا- يمنع الناس عن الشراء، بأن تكون قيمه كل حقه من الحنطه مائه فلس و يبيع المحتكر بدينارين فإنه أيضا احتكار، كما لا يخفى.

الحمد للّه أولا- و آخر و ظاهرا و باطنا، و قد وقع الفراغ عن كتاب البيع فى يوم الأحد ۲۴ شهر جمادى الأولى سنه ۱۳۷۵ ه، و يتلوه ان شاء اللّه تعالى المجلد السادس بتوفيق الملك العلام، و الحمد للّه وحده و صلّى اللّه على محمد و آله الطاهرين و سلم تسليما.

خويى، سيد ابو القاسم موسوى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ۷ جلد، ه ق

تعریف مرکز

بسم الله الرحمن الرحیم
هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ۹

المقدمة:
تأسّس مرکز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:
نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.
وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:
نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام
تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة
تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات
توسیع عام لفکرة المطالعة
تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:
مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة
الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة
العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولیۀ العمل.

نشاطات المؤسسۀ:
طبع الکتب والملزمات والدوريات
إقامۀ المسابقات فی مطالعۀ الکتب
إقامۀ المعارض الالکترونیۀ: المعارض الثلاثیۀ الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنۀ الدينیۀ والسیاحیۀ
إنتاج الأفلام الکرتونیۀ والألعاب الکمبیوتريۀ
افتتاح موقع القائمیۀ الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیۀ وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلۀ والاستفسارات الدينیۀ والأخلاقیۀ والاعتقاديۀ والردّ علیها
تصمیم الأجهزۀ الخاصۀ بالمحاسبۀ، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب کیوسک kiosk، الرسالۀ القصیرۀ ((sms
إقامۀ الدورات التعلیمیۀ الالکترونیۀ لعموم الناس
إقامۀ الدورات الالکترونیۀ لتدريب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسۀ وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمکن تحمیلها علی ٨ أنظمۀ؛

١.JAVA
٢.ANDROID
٣.EPUB
٤.CHM
٥.PDF
٦.HTML
٧.CHM
٨.GHB

إعداد ٤ الأسواق الإلکترونیۀ للکتاب علی موقع القائمیۀ ويمکن تحمیلها علی الأنظمۀ التالیۀ

١.ANDROID
٢.IOS
٣.WINDOWS PHONE
٤.WINDOWS

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیۀ والانجلیزيۀ والفارسیۀ

الکلمۀ الأخیرۀ

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.
عنوان المكتب المركزي
أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ۱۲۹، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir
البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir
هاتف المكتب المركزي ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵
هاتف المكتب في طهران ۸۸۳۱۸۷۲۲ ـ ۰۲۱
قسم البيع ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹شؤون المستخدمين ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹.